





# ANALES

*Sesquicentenario de las Bases  
de Juan Bautista Alberdi*



# ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XLI  
AÑO ACADÉMICO 2002

CÓRDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA

I.S.B.N. N° 987-1123-03-5

*Queda hecho el depósito que marca la ley*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE CÓRDOBA

*AUTORIDADES*  
(Período 2001 - 2004)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI  
*Presidente*

Dr. RICARDO HARO  
*Vicepresidente*

Dr. ERNESTO REY CARO  
*Secretario*

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD  
*Tesorero*

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ  
*Director de Publicaciones*

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba  
Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929  
E-mail: acader@arnet.com.ar  
Consulte novedades doctrinarias en la  
Página Web: <http://comunidad.vlex.com/acader>

REPÚBLICA ARGENTINA

## **Presidentes Honorarios**

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

ACADÉMICOS DE NÚMERO Y DISTRIBUCIÓN DE SILLONES  
al 31-12-2002

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

---

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

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

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS  
al 31-12-2002

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

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

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

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

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

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

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

Luis O. Andorno - Rosario - 27-4-99.

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

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

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

Francisco Eduardo Cerro - Santiago del Estero - 1-8-2000.

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

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS  
al 31-12-2002

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

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

José Guardia Canela - España - 6-10-98.  
José Llorca Ortega - España - 6-10-98.  
José María Martínez Santiago - España - 6-10-98.  
José Luis Merino Hernández - España - 6-10-98.  
José María Othon Sidou - Brasil - 6-10-98.  
Hildegard Rondón de Sansó - Venezuela - 6-10-98.  
Jorge Vélez García - Colombia - 6-10-98.  
Sergio Zavala Leiva - Honduras - 6-10-98.  
Ricardo Zeledón Zeledón - Costa Rica - 6-10-98.  
Domingo García Belaúnde - Perú - 8-6-99.  
Santiago Benadava - Chile - 3-8-99.  
Fernando Vidal Ramírez - Perú - 18-4-2000.  
Carlos Cárdenas Quirós - Perú - 18-4-2000.  
Ulises Pittí - Panamá - 24-10-2000.  
Pedro Silva Ruiz - Puerto Rico - 24-10-2000.  
Gustavo Ordoqui Castilla - Uruguay - 24-10-2000.  
Jaime Lluís y Navas - España - 4-9-2001  
Francisco Fernández Segado - España - 4-9-2001  
Sergio Martínez Baeza - Chile - 12-03-2002

## INSTITUTOS DE LA ACADEMIA

Instituto de Federalismo

*Director:* Pedro J. Frías.

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

*Director:* Ramón P. Yanzi Ferreira

Instituto de Derecho Civil

*Director:* Juan Carlos Palmero

Instituto de Educación

*Director:* Fernando Martínez Paz

Instituto de la Empresa

*Director:* Efraín Hugo Richard

Instituto de Filosofía del Derecho

*Director:* Olsen A. Ghirardi

Instituto de Derecho Comparado

*Director:* Luis Moisset de Espanés

Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en Santa Fe

*Director:* Roberto H. Brebbia

Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración

*Director:* Ernesto Rey Caro

Instituto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario

*Director:* Héctor Belisario Villegas

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

*Nómina de juristas o instituciones premiados*

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

## PREMIO “PROVINCIAS UNIDAS”

### *Titulares*

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

## PREMIO “AL JOVEN JURISTA”

### *Nómina de juristas premiados*

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

## DISTINCIÓN “MAESTRO DEL DERECHO”

Edición 1990: Agustín Díaz Bialet

Edición 1996: Fernando J. López de Zavalía

## PREMIO PUBLICACIÓN DE TESIS SOBRESALIENTES

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

Edición 2001: Miguel Angel Acosta  
Héctor A. Zucchi.

Edición 2002: Ezequiel Abásolo  
Fabián I. Balcarce  
José Luis Martínez Peroni

## PRESIDENCIA

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

Los titulares del sillón Dalmacio Vélez Sársfield son:

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

## SILLONES ACADÉMICOS - SU HISTORIA

(al 31-12-2000)

---

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

---

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

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

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

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

## AUTORIDADES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

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

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

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



## ACADÉMICOS DE NÚMERO DESDE SU FUNDACIÓN

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

(†) Fallecido.

(\*) No tuvo sillón adjudicado

(\*\*) Renunció.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
NÚÑEZ Ricardo C. (†)	27-5-52	Juan del Campillo
MOLINA Luis Eduardo (†)	16-6-52	Arturo M. Bas
PEÑA Fernando (†)	16-6-52	(*)
BAQUERO LAZCANO Emilio (†)	20-8-56	Nicolás Avellaneda
MELO Carlos R. (†)	20-8-56	Salvador María del Carril
PIZARRO Néstor A. (†)	20-8-56	Enrique Rodríguez
GAVIER Ernesto (†)	20-8-56	Sebastián Soler
POVIÑA Alfredo (†)	20-8-56	Raúl A. Orgaz
SCHWARTZ José León (†)	20-8-56	Santiago Derqui
ROMERO DEL PRADO Víctor N. (†)	3-9-56	Alejo del Carmen Guzmán
ACUÑA Alfredo L.	11-8-56	Nicolás M. Berrotarán
ROMERO César Enrique (†)	11-8-59	Joaquín V. González
LATELLA FRÍAS Donato (†)	11-8-60	Alejo del Carmen Guzmán
CÁMARA Héctor R. (†)	8-5-61	Mariano Fragueiro
SARAVIA Enrique (†)	8-5-61	Rafael García
BUTELER José A. (†)	16-5-64	Henoch D. Aguiar
CLARIÁ OLMEDO Jorge A. (†)	16-5-64	Julio B. Echegaray
FERRER DEHEZA Miguel A. (†)	16-5-64	José Olegario Machado
FRÍAS Pedro J.	16-5-64	Juan Bautista Alberdi
MONTSERRAT Santiago (†)	16-5-64	Juan Antonio de Saráchaga
QUINTANA FERREYRA Francisco (†)	16-5-64	Deán Gregorio Funes
ABAD Jesús Luis (†)	13-12-72	Félix Sarría
CAFFERATA José Ignacio (**)	13-12-72	Arturo M. Bas
MOISSET DE ESPANÉS Luis	13-12-72	Tristán Narvaja
ROSSETTI Alfredo (†)	13-12-72	Manuel D. Pizarro
CABALLERO José Severo	12-10-76	Cornelio Moyano Gacitúa
FERREYRA Edgard A. (†)	12-10-76	Rafael García
KALLER de ORCHANSKY Berta	12-10-76	Sofanor Novillo Corvalán
MARTÍNEZ Víctor H.	12-10-76	Enrique Rodríguez
BECERRA FERRER Guillermo (†)	15-4-77	Joaquín V. González
LEÓN FEIT Pedro (†)	15-4-77	Pedro León
LUQUE COLOMBRES Carlos (†)	15-4-77	Victorino Rodríguez

(†) Fallecido.

(\*) No tuvo sillón adjudicado

(\*\*) Renunció.

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

(†) Fallecido.

(\*) No tuvo sillón adjudicado

(\*\*) Renunció.



# **DOCTRINA**



# LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI

**(La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)**

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO \*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La última *ratio* de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley. 3. La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo-kelseniano”. A. La inicial bipolaridad de los dos sistemas y sus vías de relativización. B. La absoluta superación de la contraposición bipolar. 4. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad.

## 1. Introducción

Uno de los fenómenos más llamativos de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional. Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es lo cierto que la idea de la defensa de un determi-

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 septiembre de 2002.

nado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, e incluso, en ella encontramos, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el caso de los Eforos espartanos o del Areópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva de límites, frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador <sup>1</sup>.

En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el juez Edward Coke en el celeberrimo “Bonham’s case” (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del juez Coke no sería olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del juez Coke de la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* <sup>2</sup> frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias, primeros y en el nuevo Estado independiente más tarde, Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por

---

<sup>1</sup> Confr. al efecto, Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, (*ristampa inalterata*), págs. 34-41.

<sup>2</sup> El *common law*, cuya formación se inicia con la conquista de Inglaterra por los normandos en 1066 (“*Comune Ley*” en normando) vendrá a ser el derecho común a toda Inglaterra establecido por los conquistadores normandos, frente a las costumbres locales, y cuya elaboración se hallará a cargo de los tribunales reales, conocidos a partir del siglo XIII por el nombre de su sede, Tribunales de Westminster. Confr. al efecto René DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1969, págs. 244-245.

las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una cláusula de supremacía, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que es tanto como velar por la salvaguarda de la libertad y de un conjunto de valores sobre los que se asentará la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad un “gobierno limitado” por la Constitución un *constitutional government*, como lo definiera Wilson a principios del siglo XX <sup>3</sup>.

A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad propicia un “gobierno limitado” por la Constitución entendida como *higher law*.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, como bien señala Baldassarre <sup>4</sup> que la Constitución votada por el pueblo americano (“We, the people...”) no es otra cosa que el “*pactum associationis vel subiectionis*” del iusnaturalismo y iusnatural es asimismo el complejo armazón del sistema constitucional establecido: una forma de gobierno basada en el principio de “*checks and balances*”, dirigida a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política asumieran formas y contenidos arbitrarios, se puede llegar con Fix-Zamudio <sup>5</sup> a la conclusión de que el pensamiento contemporáneo sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de los siglos, pues en el fondo no es sino un reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior. Y esta idea ha tenido, y sigue teniendo, en nuestra época plena vigencia como por lo demás lo corrobora la imbricación en-

---

<sup>3</sup> Woodrow WILSON, *Constitutional Government in the United States*, 1908.

<sup>4</sup> Antonio BALDASSARRE, “Parlamento e Giustizia Costituzionale nel diritto comparato”, texto mecanografiado, págs. 3-4.

<sup>5</sup> Héctor FIX-ZAMUDIO, “La Constitución y su defensa” (ponencia general), en el colectivo *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pág. 11 y ss.; en concreto, pág. 12.

tre la justicia constitucional y la democracia con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales <sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión si se pone en sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia social civilizada. Bien significativo es al respecto el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como atestiguan, entre otros muchos casos, Alemania, Italia y Japón, tras la Segunda Guerra Mundial; los países de la Europa meridional (Grecia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno; gran número de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa Oriental tras la desaparición de los sistemas comunistas.

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía acontecer de otra forma, ha incidido de modo frontal sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelseniano, o a si así se prefiere, el modelo de la “*judicial review of legislation*” y el de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”.

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados en Italia y Alemania tras la segunda post guerra, en cuanto que estos sistemas partieron de

---

<sup>6</sup>Recuerda Cappelletti cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimarg por la vía del modelo difuso tras el famoso fallo del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo), de 4 de noviembre de 1925 sustentado no en una precisa norma constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que, si en la jerarquía de las fuentes va primera la norma constitucional, ésta debe prevalecer sobre la norma ordinaria, la justicia constitucional desaparecerá de inmediato en la Alemania del Führer. Y otro tanto, podrá afirmarse en la Austria del Anschluss y en la España de Franco. Mauro CAPPELLETTI, “El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo”, en la obra del propio autor, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pág. 193 y ss.; en concreto, pág. 197.

una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a ella se anudaran ciertas consecuencias jurídicas y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la institucionalización del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegitimidad constitucional, como se conoce en Italia.

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

La resultante de todo ello ha sido la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la contraposición modelo americano versus modelo europeo-kelseniano. Como dice Rubio Llorente <sup>7</sup>, hablar hoy de un “sistema europeo” carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre alguno de ellos y el norteamericano.

En resumen, la justicia constitucional, en el nuevo siglo XXI se nos presenta perfilada por una serie de situaciones peculiares que aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido convergiendo y, a la par, acentuando sus rasgos: el proceso de progresiva e ininterrumpida convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano del “legislador negativo” con el subsiguiente rol creativo de los Tribunales Constitucionales y la enorme heterogeneidad y generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”, haciendo necesaria la búsqueda de una nueva tipología que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional.

---

<sup>7</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa, en la obra colectiva *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, vol. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pág. 1411 y ss.; en particular, pág. 1416.

La nueva tipología que proponemos, anticipémoslo ya, aunque sustentada en un conjunto de variables en su mayor parte dicotómicas encaminadas a mostrar con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la heterogeneidad y complejidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos del poder, se ha de asentar en la diferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de todo litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario del anterior.

## **2. La última *ratio* de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley**

I. La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional, como es sobradamente conocido, tendrá lugar en la primera posguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como bien se ha advertido <sup>8</sup>, una imagen contradictoria y policroma, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de tal jurisdicción se orienten fundamentalmente a los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado.

Por otro lado, la Constitución de la República Federal Austríaca, de 1º de octubre de 1920, diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, del control de constitucionalidad de las normas generales sino en

---

<sup>8</sup> Helmut SIMON, “La jurisdicción constitucional” en BENDA MAIHOFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 823 y ss.; en concreto, pág. 826.

un conjunto de rasgos de incuestionable relevancia que tienen mucho que ver con la peculiar naturaleza de “legislador negativo” que Kelsen atribuirá al Tribunal Constitucional.

II. La Constitución de Weimar de 1919 iba a hacer suyo y a desarrollar el instituto de la “*Staatsgerichtsbarkeit*”, un instrumento de resolución procesal de conflictos entre aquellos órganos que concurren a la formación de la voluntad estatal, conflictos de naturaleza sustancialmente política.

La concepción de la jurisdicción constitucional como cauce de resolución de conflictos entre órganos supremos (*Organstreit*) que llega hasta nuestros días, a juicio de Volpe<sup>9</sup> encontrará su concreción emblemática en el “*Staatsgerichtshof*”<sup>10</sup> previsto por el art. 108 de la Constitución de Weimar y desarrollado por una ley del 9 de julio de 1921. Las competencias de este órgano girarán efectivamente en torno a la noción de conflicto o controversia constitucional entre órganos que participan en el proceso constitutivo de la formación de la voluntad estatal, con la adición, característica de un Estado de estructura federal, de entender asimismo de los conflictos que se suscitaban entre los poderes centrales y los poderes territoriales, así como (en virtud de la previsión del art. 19 de la Constitución weimariana) de los conflictos que no siendo de derecho privado se suscitaban entre diferentes *Länder*, e incluso, subsidiariamente, de los contenciosos constitucionales dentro de los propios *Länder*. Bien es verdad que en el ámbito interno de los órganos constitucionales del *Reich*, la competencia del St.G.H. se circunscribía, de acuerdo con el art. 59 de la Constitución, a conocer de las acusaciones que el *Reichstag* formulara contra el presidente del *Reich*, su canciller o los ministros por violación culpable de la Constitución o de una ley del *Reich*. Ello explicaría que otros sectores de la doctrina<sup>11</sup> consideren que en Weimar, los conflictos

---

<sup>9</sup> Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1977, pág. 166.

<sup>10</sup> Aunque VOLPE tilda al “*Staatsgerichtshof*” de Tribunal Constitucional del Reich (op. cit., pág. 171), creemos más apropiado que hablar de Tribunal Constitucional, llamarlo “Tribunal Supremo de Justicia para el Reich”, como se hace en la obra de Boris Mirkine-Guetzevitch, *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931, pág. 79 (al traducir el art. 108 de la Constitución de Weimar).

<sup>11</sup> Helmut SIMON, *La jurisdicción constitucional*, op. cit., pág. 827.

entre órganos del *Reich* permanecieron, conforme a la tradición, excluidos de cualquier jurisdicción constitucional.

Por otro lado, el control de compatibilidad de las normas de los *Länder* respecto del derecho del Reich, contemplado por el párrafo segundo del art. 13 de la Constitución, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevar a cabo este control (se aludía tan sólo a que la competencia recaería en una jurisdicción suprema del *Reich*), sería encomendado por una ley del 8 de abril de 1920 al Tribunal del *Reich* (*Reichsgericht*).

La Constitución de Weimar, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control <sup>12</sup> se unió la que Sontheimer <sup>13</sup> denominara “batalla para el examen jurisdiccional de las leyes” (*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*), contienda que se libró al hilo de la reivindicación jurisdiccional de llevar a cabo un control material de la ley que venía posibilitado por la determinación del párrafo primero del art. 109 de la Constitución, a cuyo tenor: “Todos los alemanes son iguales ante la ley”, en tanto y en cuanto ese principio de igualdad no había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la “*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*” (Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público), celebrado en Münster el 29 y 30 de marzo de 1926 <sup>14</sup>, al inter-

---

<sup>12</sup> Confr. a este respecto Jean-Claude Béquin. “Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne”, París, Económica, 1982, en particular págs. 16-21.

<sup>13</sup> K. SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, pág. 75. Cit. por Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 100.

<sup>14</sup> Entre otros conocidos defensores de la misma tesis habría que recordar a Heinrich Triepel quien, como recuerda Carro (en el prólogo a la obra de TRIEPEL, *Staatsrecht und politik*, en su traducción española *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1974, pág. 19), no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino, asimismo, el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo Congreso.

pretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el art. 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que obviamente convertía a dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad del legislador.

Si se nos permite el *excursus*, quizá convenga recordar que en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX, habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la “Escuela libre del derecho” (*Freirechtsbewegung*), movimiento cuyo inicio se hace coincidir con la publicación en 1885, de la obra de Oskar von Bulow, *Gesetz und Richteramt (La ley y la magistratura)*<sup>15</sup>, o de la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*), que concibe al derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo, y por ello mismo, más como un “ser” (*Sein*) que como un “deber ser” (*Sollen*), en cuanto que el derecho no era sino la forma a través de la cual la “comunidad del pueblo” encauzaba de modo unitario su propia vida colectiva. En este ámbito doctrinal, el Estado de derecho pasó a concebirse como Estado sujeto al derecho, que no a la ley, circunstancia a la que se anudaba, como inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (*Gesetzmäßigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtsmäßigkeit*). El principio positivista de que el derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba así absolutamente degradado y relativizado.

No debe extrañar, por lo que acaba de exponerse, que en el Congreso celebrado en Münster en 1926, ya referido, todos los teóricos de la “*Volksgemeinschaft*” postularan el fin de la soberanía de la ley. Como recuerda Volpe<sup>16</sup>, el principio de igualdad ante la ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del

---

<sup>15</sup> Confr. al efecto, Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia...*, cit., pág. 22 y ss..

<sup>16</sup> Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia...*, cit., págs. 103-104.

principio de igualdad se instrumentalizó como un mecanismo de rango constitucional que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del espíritu del pueblo, correspondiendo a los operadores jurídicos, y muy particularmente a los jueces la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*) y resultaban justas, en cuanto acordes a un orden superior de valores sentidos por la conciencia popular y que remitía a conceptos tan amplios e imprecisos como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso celebrado en Münster, el *Reichsgericht*, en una celeberrima sentencia de su 5ª Cámara Civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear frontalmente la cuestión del control de constitucionalidad material de la ley, resolviendo que la sumisión del juez a la ley no excluye que el propio juez rechace la validez de una ley del *Reich* o de algunas de sus disposiciones en la medida en que éstas se opongan a otras disposiciones que han de considerarse preeminentes y que deben ser observadas por el juez. En cuanto que la Constitución no contenía disposición alguna que privara al juez de esta facultad, atribuyéndola a otro órgano, el *Reichsgericht*, en lo que ahora interesa, terminaba reconociendo el derecho y el deber del juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*.

Quedaba reconocido de esta forma un derecho de control judicial que Schmitt<sup>17</sup> caracterizaría por los siguientes rasgos: es un control “accesorio” que constituye una “competencia ocasional” (expresión que entresacaría de Triepel), ejercitándose tan sólo de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial, y conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma “difusa”, término que Schmitt propondría para designar el concepto opuesto al de derecho de control “concentrado” en una sola instancia.

III. La Constitución austríaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de la constitucionalidad que es deudor de la obra de *Kelsen*. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una dirección

---

<sup>17</sup> Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 52.

radicalmente antagónica a la sustentada por la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*). Su posición quedaría muy nítidamente expuesta en el Congreso de Münster al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. *Kelsen* sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo radical. Más aún, *Kelsen*, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el juez hubiera de limitarse a aplicar la ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones hiper-conservadoras, cuando no ajenas al marco democrático; y así, *Kelsen* vincula “la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva” con “el cambio en la estructura política del órgano legislativo”; constata que “no se puede en ningún caso desconocer que los juristas que en el pasado enseñaban el principio de la más estrecha vinculación de los jueces a la ley, hoy prefieren conceder a los jueces, remitiéndose al derecho natural, una creciente libertad frente a las leyes”, y finalmente constata que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”<sup>18</sup>.

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de *Kelsen* serían compartidas pocos años más tarde por Heller, quien subrayaría lo emblemático del hecho de que la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad de elección del poder legislativo fuese concebida y elaborada por los sectores conservadores y antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana<sup>19</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto parece desprenderse con relativa nitidez que al delinear su teoría de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”,

---

<sup>18</sup> Confr. al efecto Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, Padua, CEDAM, 1985, vol. I, pág. 381 y ss.; en concreto, pág. 395.

<sup>19</sup> Hermann HELLER, *¿Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930. Cit. por Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia...*, cit., pág. 102.

que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por intermedio de meras operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la “Escuela libre del derecho” y de la “comunidad del pueblo” y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplias sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar.

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, Kelsen pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela la clásica obra de Lambert <sup>20</sup>, en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio Kelsen admitiría de modo expreso <sup>21</sup> que aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austríaca de 1920, los tribunales austríacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos limitándose por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación y una de las metas de la Constitución de 1920 fue la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del jurista de la Escuela de Viena, demasiado grande y tal peligro, habría que añadir, no podía ser combatido en Austria, un país con un sistema jurídica de *civil-law*, por intermedio de la regla del “*stare decisis*”, característica de los países de *common law*.

---

<sup>20</sup> Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921.

<sup>21</sup> Hans KELSEN, “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, mayo de 1942, N° 2, vol. 4, pág. 183 y ss.. Manejamos aquí la trad. española de Domingo García Belaúnde, “El control de la constitucionalidad de las leyes”, en *Ius et Veritas* (Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú), Lima, junio de 1993, pág. 81 y ss.; en concreto, pág. 83.

Pero aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asume en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de “legislador negativo” con que *Kelsen* concibe tal órgano no sólo pretende mostrar la complementariedad que respecto del Poder Legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional sino que, más allá de ello, y tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por *Kelsen* no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento, sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los jueces <sup>22</sup>. Como bien advierte Volpe <sup>23</sup>, la meditación “vienesá” de *Kelsen* se delinea sobre un fondo caracterizado por la peculiar situación del período weimariano, connotada, en lo que ahora interesa por la conflictividad entre el Parlamento y los jueces, esto es, entre el órgano de producción legislativa y quienes están llamados a la aplicación de las leyes. De ahí que la construcción normativista kelseniana está regida por la finalidad de lograr superar el conflicto surgido entre los dos poderes, el Legislativo y el Judicial.

Al logro de tal fin se endereza, en primer término, la relativización que *Kelsen* va a hacer de la antaño absoluta contraposición entre los tres poderes, particularmente, entre el Poder Legislativo, de un lado, y el Poder Ejecutivo y Judicial de otro, pues según el maestro vienesés, la usual tricotomía se basa en realidad en una dicotomía, dado que lo que se expresa en la distinción entre los tres poderes del Estado es la diferencia existente entre creación y aplicación del derecho <sup>24</sup>. Y en segundo lugar, el diseño que *Kelsen* da a las funciones de creación y aplicación de la ley, funciones que no se encuentran coordinadas sino sub y supraordinadas. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho tiene sólo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado

---

<sup>22</sup> En análogo sentido, Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello...”, cit., pág. 395.

<sup>23</sup> Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia...*, cit., pág. 138.

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Mayne, México, Imprenta Universitaria, 1949, págs. 268-269.

son al propio tiempo actos de creación y de aplicación del derecho <sup>25</sup>. La unidad del orden jurídico de este conjunto de normas jerarquizadas en distintos niveles <sup>26</sup>, vendrá constituida por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra (de grado superior), cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. De esta forma y lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico <sup>27</sup>.

En un orden así concebido la unidad del ordenamiento exigirá la salvaguarda de la norma suprema, y la garantía de la Constitución vendrá dada por el conjunto de medidas técnicas encaminadas a asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, en el entendido de que la regularidad no será más que la relación de correspondencia de un grado inferior respecto de un grado superior del ordenamiento jurídico <sup>28</sup>. De esta forma la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes podrán concebirse como auténticas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. Al entender Kelsen que la anulación de una ley no puede consistir en su mera desaplicación en el caso concreto como acontece en la *judicial review* norteamericana -“*annuler une loi*, dirá Kelsen <sup>29</sup>, *c'est poser une norme générale*”-, por cuanto la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, estará convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un “legislador negativo”, llamado cierta-

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, págs. 282-283.

<sup>26</sup> Recordemos que en el tipo ideal del positivismo kelseniano los grados de la pirámide ordinal, en orden descendiente son: la Constitución (*Verfassung*), la Ley (*Gesetz*), el reglamento (*Verordnung*), el acto administrativo (*Verwaltungsakt*), las sentencias judiciales (*richterliches Urteil*) y, por último, los actos coactivos (*Vollstreckungsakt*).

<sup>27</sup> Hans Kelsen, *Teoría general...*, cit., pág. 128.

<sup>28</sup> Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution” (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tome quarante-cinquième, 1928, pág. 197 y ss.; en concreto, pág. 200.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 244.

mente a colaborar, por decirlo quizá impropriadamente, con dicho poder al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al Poder Judicial.

De esta caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre el modelo europeo-kelseniano y el modelo norteamericano.

En todo caso, no conviene olvidar que las divergencias a las que a continuación nos vamos a referir, como creemos se desprende de todo lo expuesto, dimanar de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de la bipolaridad entre ambos modelos. Volpe<sup>30</sup> lo expone con claridad meridiana. El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del Poder Judicial (el denominado “gobierno de los jueces”) sobre los restantes poderes, particularmente sobre el Poder Legislativo; constituye un acto de confianza en los jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, por lo menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador. La “*Verfassungsgerichtsbarkeit*” kelseniana representa, por contra, un acto de desconfianza en los jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de derecho.

Kelsen, en algún momento<sup>31</sup>, parecerá apuntar a los inconvenientes prácticos que en un sistema de *civil-law* como el austríaco hubiera supuesto la introducción de un modelo “difuso” como el norteamericano, al carecer de técnicas tales como el principio del “*stare decisis*”, sin dejar de reconocer tales obstáculos, lo cierto es que ellos no serán la

---

<sup>30</sup> Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia...* cit., pág. 157 y ss..

<sup>31</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado...*, op. cit., págs. 84-85.

causa determinante de la opción kelseniana en favor de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”, sino razones ya expuestas de mucho más calado y entidad.

### 3. La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo-kelseniano”

En una caracterización bien conocida, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei <sup>32</sup> vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad o (según la expresión italiana) de la legitimidad de las leyes: el sistema judicial o difuso y el sistema autónomo o concentrado.

El *sistema difuso* era caracterizado como “*incidental*” (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), “*especial*” (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan sólo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y “*declarativo*” (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por lo tanto, con efectos *ex tunc*) y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial como dice Calamandrei) puedan ejercitarlo.

El *sistema concentrado* además de ser ejercido tan sólo por “un único y especial órgano constitucional”, es caracterizado como “*principal*” (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionando directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial), “*general*” (la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley *erga omnes*, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general) y “*constitutivo*” (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional o ilegítima).

---

<sup>32</sup> Piero CALAMANDREI, “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en su obra *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, vol. III, pág. 21 y ss.; en concreto, págs. 32-33.

En definitiva, mientras la “*judicial review of legislation*” vendría caracterizada por las notas de un control difuso, incidental, especial y declarativo, la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*” kelseniana, en su concepción originaria, lo sería por las de un control concentrado principal, general y constitutivo.

Las notas de estos binomios contrapuestos o bipolares, o algunas de ellas por lo menos, bien pronto serían relativizadas o moduladas (en algún caso, como el carácter “especial” del sistema difuso, desde el mismo nacimiento de la “*judicial review of legislation*”). No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda postguerra, aunque a partir de este momento el proceso de relativización de los citados binomios se acentuará de modo muy significativo. En efecto, ya la muy importante reforma constitucional austríaca de 1929 (la “*Zweite Bundesverfassungsnovelle*”, de 7 de diciembre de 1929) abrirá, dentro del modelo kelseniano, el proceso de relativización a que venimos aludiendo. En todo caso, la diferente intensidad de este proceso, según se trate del período de entreguerras o del subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial, nos ha conducido a diferenciar en nuestra exposición dos etapas o momentos diferentes.

### *A. La inicial bipolaridad de los dos sistemas y sus vías de relativización*

I. El primero de los rasgos diferenciales atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Es sobradamente sabido que en el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias o litigios suscitados ante ellos. Se trata, pues, de una jurisdicción difusa que, sin embargo, y conviene ya matizarlo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa como correctivo del sistema. Recordemos al efecto que la base de todo el derecho de creación judicial, conocida como la “regla del precedente” (*the rule of precedent*), está fundamentada en la obligación del juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales, o normas elaboradas por los jueces con anterioridad (*stare decisis et quia non movere*).

En el sistema austríaco-kelseniano, un órgano *ad hoc* es encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Esta centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales se justificaría por *Kelsen*, primigeniamente, como ya se expuso con anterioridad, en base a la consideración de que la inaplicación en el caso concreto por los jueces, propia del sistema norteamericano, se traducía en la ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley era constitucional, lo que entrañaba un gran peligro para la autoridad de la Constitución<sup>33</sup>. Este peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, resultaba acentuado en Austria, cuyo sistema jurídico, en cuanto ubicado en los moldes propios de los sistemas romano-germánicos, desconocía el principio del “*stare decisis*”.

Y así, en Austria, las decisiones del más alto tribunal, el “*Oberster Gerichtshof*”, en relación a la constitucionalidad de una ley o un reglamento, carecían de fuerza obligatoria sobre los tribunales o jueces de inferior jerarquía. El Tribunal Constitucional austríaco asumirá, pues, el monopolio del control de constitucionalidad, aunque ya explicamos que por otras razones de mucho mayor calado que la que se acaba de apuntar.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un embate considerable con la reforma constitucional austríaca de 1929. Ya el texto de 1920 (art. 89.2) habilitaba a los tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieran de aplicar, para suspender el procedimiento y requerir al Tribunal Constitucional su anulación por un vicio de ilegalidad. Sin embargo, el planteamiento de esta cuestión se circunscribía a los reglamentos, no abarcando a las leyes. La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al art. 140 de la Constitución, ampliaba la legitimación para recurrir las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Cualquier parte de una controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdiccionales podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable en el caso concreto, si

---

<sup>33</sup> Hans Kelsen, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 83.

bien la cuestión se planteaba por decisión exclusiva del alto órgano jurisdiccional de que se tratara <sup>34</sup>.

El origen de esta reforma se ha visto <sup>35</sup> en la facultad de la que dispuso el VfGH, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando debiera de aplicarlas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, a nuestro entender, no puede olvidarse aquí la nítida posición de *Kelsen*, favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, como modo de introducir una suerte de muy atenuada “*actio popularis*”. Recordemos que *Kelsen*, en 1928, admitía <sup>36</sup> que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad, consistía ciertamente en la previsión de una “*actio popularis*”, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancias de cualquiera. “*C’est incontestablement de cette façon que l’interêt politique qu’il y á l’élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale*”, A partir de tal reconocimiento, *Kelsen* considera no recomendable esta solución porque entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias, “*et le risque d’un insupportable encombrement des rôles*” <sup>37</sup>. Sin embargo, casi de inmediato, el jurista vienés se manifestaba proclive a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la “*actio popularis*”, a cuyo efecto postulaba que se permitiera a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales a actos administrativos) cuando entendieren que

---

<sup>34</sup> Las partes, diría *Kelsen* (en *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 88), no tenían derecho a exigir tal proceso. Era exclusivamente el interés público protegido por los tribunales y no el interés privado de las partes, lo que era decisivo desde el punto de vista procesal.

<sup>35</sup> Theo ÖHLINGER, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, Nº 3, diciembre 1982, pág. 535 y ss.; en concreto, pág. 542.

<sup>36</sup> Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 245.

<sup>37</sup> En análogo sentido, Charles Eisenmann uno de los más fieles seguidores y discípulos de *KELSEN*, de modo rotundo, consideraba que la prohibición de la vía directa a los particulares constituía una necesidad práctica casi absoluta. Charles Eisenmann, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche* (1ª ed. de 1928), París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986, pág. 188.

tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Se trataría, en definitiva, como reconoce *Kelsen*<sup>38</sup> no de un derecho a recurrir abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional. *Kelsen*, en resumen, postulaba un año antes de la reforma constitucional de 1929 la cuestión de inconstitucionalidad como cauce indirecto de apertura de la legitimación para instar la intervención del VfGH a los ciudadanos, a los particulares.

La reforma constitucional de 1929 no rompía formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, pero, de hecho, ese monopolio se convertía en un monopolio de rechazo por cuanto, de alguna manera, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios legitimados para plantear la que venimos llamando (al margen de la ley constitucional federal de reforma de 1929, que en la nueva redacción que daba al art. 140.1 de la Constitución, se limitaba a hablar de “la demanda” del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia Administrativa) cuestión de inconstitucionalidad, antes de decidir el planteamiento de la demanda, debían lógicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar su decisión final. Como bien señala Rubio Llorente<sup>39</sup>, la cuestión de inconstitucionalidad implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el juez o tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. Es por ello mismo por lo que se suele afirmar, allí donde existe la cuestión de inconstitucionalidad y que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austríaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

Aunque referido a un momento histórico distinto del que estamos ahora mismo contemplando quizá no sea inoportuno recordar que en 1975, una nueva reforma constitucional vino a legitimar para desencadenar el

---

<sup>38</sup> Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle*, op. cit., pág. 246.

<sup>39</sup> Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 588.

control del VfGH a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que encerraba una notable relevancia en aquellos supuestos en que no estaba previsto un recurso ante el Tribunal Supremo. Si se advierte que siempre es posible un recurso contra una sentencia dictada en primera instancia se puede comprender que la reforma de 1975, como indica Öhlinger<sup>40</sup>, abrió posibilidades prácticamente ilimitadas de control sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de su aplicación. En términos análogos, la citada reforma habilitó también a las salas independientes de lo contencioso-administrativo para recurrir al VfGH. Innece-sario es decir que requisito inexcusable para que los referidos órganos jurisdiccionales ordinarios y contencioso-administrativos pudieran acudir al VfGH era la prejudicialidad de la norma impugnada, esto es, que el órgano jurisdiccional recurrente hubiera de aplicar la norma en cuestión para la decisión de una *litis* de la que estuviera conociendo.

II. La variante organizativa que separa ambos sistemas, y a la que acabamos de referirnos esto es, la centralización kelseniana del control de constitucionalidad en un órgano especial, *ad hoc*, el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), establecido por la Constitución austríaca, iba a esconder, como ha significado García de Enterría<sup>41</sup>, y por nuestra parte ya destacamos en un momento precedente, una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica.

En efecto, para Kelsen<sup>42</sup>, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga -por la independencia de sus miembros- la organización de un tribunal. A partir de la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa que *Kelsen* considera determinante, y que consiste en que mientras esta última crea normas jurídicas generales, la primera no crea sino normas individuales, el gran maestro de la Escuela de Viena se interroga acerca del significado de la anulación de la

---

<sup>40</sup>Theo ÖHLINGER, *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op. cit., pág. 543.

<sup>41</sup>Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pág. 57,

<sup>42</sup>Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 224.

ley decidida por el Tribunal Constitucional. Ya vimos en un momento anterior cómo la decisión del Tribunal de anular una ley tiene el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal. Es un acto de legislación negativa <sup>43</sup>.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo”, no se ha de ver, como advierte Giovannelli <sup>44</sup>, una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el juez constitucional, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, muy particularmente al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento del juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial.

El rechazo a la caracterización como función judicial de la función de control de constitucionalidad se consolida además si se advierte que el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho particular, limitándose a pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad lógica entre un enunciado normativo legal y la norma constitucional, esto es, entre dos normas abstractamente formuladas, al margen de su concreta aplicación.

En coherencia con tal planteamiento, *Kelsen* sostendrá la validez de la ley hasta tanto la misma no haya sido considerada contraria a la Constitución por el propio Tribunal Constitucional. La resolución de este órgano proclive a anular será efectiva, en principio, sólo *ex nunc*, es decir, no tendrá fuerza retroactiva. Como razonaría *Kelsen* <sup>45</sup>, esta fuerza retroactiva difícilmente podría ser justificada, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador y éste también estaba autorizada para

---

<sup>43</sup> Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, dirá KELSEN en otro momento (en “¿Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, 1931; trad. de Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 36-37), el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de “legislador negativo”.

<sup>44</sup> Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello...”, op. cit., págs. 388-389.

<sup>45</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad de las leyes...*, op. cit., pág. 84.

interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. En definitiva, mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es obvio, la naturaleza constitutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional

El carácter legislativo de la función atribuida al Tribunal Constitucional aparece reforzado por el hecho de que tras la anulación de una norma, y a fin de evitar las indeseadas consecuencias que, en ocasiones, pueden desencadenar los vacíos jurídicos subsiguientes a tal anulación<sup>46</sup>, *Kelsen* postula la conveniencia de facultar al Tribunal Constitucional para establecer -juntamente con la resolución que anula la norma general- que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, correspondiendo al citado órgano la decisión de los casos en que se puede hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior “*état de droit*”<sup>47</sup>.

A esta concepción kelseniana respondería la cláusula del art. 140 de la Constitución austríaca (en la actualidad, art. 140.6) a tenor de la cual: “Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empiece a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciese otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran de nuevo en vigor disposiciones legislativas y cuáles”<sup>48</sup>. Con esta previsión introducida por vez primera (dentro del art. 140.3) por la reforma constitucional de diciembre de 1929, la decisión del Tribunal Constitucional por la que no sólo se anulaba una ley sino que también una norma legal anterior era restaurada

---

<sup>46</sup> “*Il résulte de l’annulation pour ainsi dire une sphère vide de droit. Une matière qui était jusqu’alors réglée cesse de l’être; des obligations juridiques disparaissent; la liberté juridique leur succède*”. HANS KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243.

<sup>47</sup> *Ibidem*, págs. 243-244.

<sup>48</sup> Artículo 140.6 de la Constitución Federal de Austria, según el texto de la edición preparada por Germán GÓMEZ ORFANEL, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Madrid, CEC, 1996.

como el propio maestro de la Escuela de Viena habría de reconocer <sup>49</sup>, no era tan sólo un acto negativo de legislación. sino también uno positivo.

En definitiva, de la posibilidad de que en ciertos supuestos al juez constitucional le correspondiera ejercitar un rol legislativo no meramente negativo, podría entresacarse la idea de que al Tribunal Constitucional no le estaba atribuida tan sólo la tarea de verificar un juicio de contraste en abstracto entre la Constitución y la ley, del que, en su caso, y por contradicción con la Norma Suprema, había de derivar la anulación de la norma legal, sino que, potencialmente al menos, también le correspondía la tarea de elegir entre los diversos grados de constitucionalidad, actuando positivamente con vistas a alcanzar aquella situación menos incompatible con el interés requerido por la defensa de la Constitución <sup>50</sup>.

En resumen, las reflexiones que preceden muestran, creemos que con cierta nitidez de percepción, cómo a la caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” se anudan consecuencias jurídicas de extraordinaria relevancia, determinantes, en último término, de la peculiar bipolaridad entre el modelo kelseniano y el norteamericano.

III. Retornando a las diferencias que enfrentan a los dos sistemas de control de constitucionalidad, cabe recordar que una segunda contraposición atañe, según Calamandrei <sup>51</sup>, a la legitimación de quien puede proponer o instar el control, rasgo que se conecta a su vez a la vía de impugnación.

En el sistema de la “*judicial review of legislation*”, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa. La presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente por quien es parte en una controversia concreta. El control tiene, pues, carácter incidental o, como otros sectores doctrinales sostienen quizá con mayor impropiedad, el control se lleva a cabo a través de la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad.

---

<sup>49</sup> Hans Kelsen, *El control de la constitucionalidad...*, pág. 90.

<sup>50</sup> En análogo sentido, Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello...”, op. cit., pág. 390.

<sup>51</sup> Piero CALAMANDREI, *Instituciones...*, op. cit., vol. III, págs. 32-33,

En el sistema kelseniano, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante la presentación de una acción o recurso de inconstitucionalidad. Nos hallamos pues, ante un procedimiento de impugnación directa, en vía principal. La impugnación no se vincula a la existencia de una *litis*, facilitándose de esta forma la anulación de leyes inconstitucionales que, sin embargo, pueden no suscitar controversia si bien, por lo general, dentro de un determinado plazo. En este sistema, la legitimación para instar el control cambia mucho en función de cada ordenamiento. En cualquier caso, ya tuvimos oportunidad de referirnos a cómo *Kelsen*, en un plano ideal, consideró que la “*actio popularis*” era la fórmula idónea, bien que, en el plano de la realidad la rechazara por los peligros ínsitos a ésta, decantándose por la vía indirecta de permitir a los particulares que fueran partes de un procedimiento judicial o administrativo que instaran el desencadenamiento del control de constitucionalidad por intermedio del órgano jurisdiccional o administrativo llamado a conocer del procedimiento<sup>52</sup>. Como ya expusimos, la opción kelseniana no sería constitucionalmente recepcionada sino hasta la reforma de 1929, pero tal opción extrañaba un importantísimo elemento de aproximación al modelo norteamericano.

Al margen de ello, ya circunscribiéndose al marco del Estado federal, Kelsen se decantaba por la legitimación del gobierno federal y de los gobiernos de los Estados miembros para combatir respectivamente, los actos jurídicos de los entes territoriales y de la Federación<sup>53</sup>.

En el ya varias veces mencionado artículo publicado en 1942, en el que el maestro vienés establece una comparación del control de constitucionalidad en Austria y Norteamérica. Kelsen sostuvo<sup>54</sup> que la mayor diferencia entre ambos sistemas radicaba en el procedimiento a cuyo través una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el rasgo de que, en principio, en el sistema norteamericano, sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional. Ello significaba, de al-

---

<sup>52</sup> Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., págs. 245-246.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pág. 247.

<sup>54</sup> Hans Kelsen, *El control de la constitucionalidad...*, op. cit., pág. 87.

guna forma, la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las leyes entraña, y que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Ciertamente, el control en el sistema norteamericano siempre se ha vinculado a la previa existencia de una controversia. Como recuerda Hughes<sup>55</sup>, la Supreme Court ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un “caso” o una controversia reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911 en el caso “Muskrat vs. United States”. Sin embargo, como el mismo Kelsen reconociera<sup>56</sup>, una ley de 24 de agosto de 1937 “para proveer la intervención del gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injunctions* en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”, vino a reconocer el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Esta ley concedió al gobierno el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al gobierno federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares convirtiéndose en una de las partes a efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Esta ley vino, pues, a relativizar de alguna manera la diferencia advertida por Kelsen.

Pero más allá de esta relativización, lo que hemos de significar es que el elemento diferencial a que alude Kelsen, que sólo la violación del interés de un particular pueda desencadenar el control en el sistema americano, o lo que es lo mismo, que el control siempre se lleve a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, como ya hemos advertido con anterioridad, no sólo está presente, como propuesta doctrinal, en el mismo pen-

---

<sup>55</sup> En el caso a que alude Hughes (“Muskrat vs. U.S.”), el Tribunal Supremo decidió que el Congreso no se hallaba facultado para aprobar una ley que atribuía competencia al Tribunal de Reclamaciones (*Court of Claims*) y, en apelación al Tribunal Supremo, para decidir sobre la validez de las leyes del Congreso relativas a asuntos de los indios, sin un “caso” o “controversia”, únicos asuntos a los que, según la Constitución, se extiende el Poder Judicial. Charles Evans HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2ª ed. española, México, FCE, 1971, pág. 54.

<sup>56</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad...*, op. cit., pág. 87.

samiento kelseniano, sino que, constitucionalmente, hace acto de aparición en la reforma constitucional austríaca de 1929, aun cuando dentro de los límites a los que ya nos referimos.

Una y otra circunstancia no conducen sino a relativizar la que Kelsen consideró como más relevante diferencia entre los dos sistemas de control de constitucionalidad.

IV. La última y doble diferencia atañe a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En el modelo norteamericano en sentido estricto el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente por lo que se limita a la inaplicación de la ley que considera contraria a la Constitución (sentencia declarativa). En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (inter partes), o control especial, como lo tilda Calamandrei.

Sin embargo, la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria ha de ser matizada en el sistema americano, tal y como de algún modo ya se señaló más atrás. Aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la *litis*, la incidencia del principio "*stare decisis*" puede llegar a alterar esta circunstancia. Como ya se señalara en virtud de esta regla, los tribunales deben seguir sus propios precedentes jurisprudenciales y, lo que aún importa más, se hallan vinculados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. De esta forma, la existencia de un Tribunal Supremo único, como a diferencia de otros países como Alemania, acontece en Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando y indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la ley sea nuevamente aplicada. Como afirma Cappelletti<sup>57</sup>, ciertamente, si una ley

---

<sup>57</sup> Mauro CAPPELLETTI, "Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé", en la obra de recopilación de artículos del propia autor, *Le pouvoir des juges*, d' Aix-

es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del “*stare decisis*” la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación de la ley contraria a la Constitución, anulación, dirá una vez más Cappelletti <sup>58</sup>, “*définitive, incontestable, et qui vaudra pour toute espèce à venir*”.

En cuanto al sistema kelseniano, la impugnación en vía directa o principal conduce a la cancelación definitiva de la ley o del precepto o preceptos considerados contrarios a la Constitución. Esta eficacia *erga omnes* opera en el sistema austríaco-kelseniano con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional (sentencia constitutiva), tal y como ya tuvimos oportunidad de exponer, si bien, anticipémoslo ya, ello no ha sido así en otros sistemas, como el alemán, italiano o español, en que el control también se concentra en un Tribunal Constitucional.

Por lo demás, hoy, algunos Tribunales Constitucionales disponen de una cierta autosuficiencia llegado el caso de modular los efectos temporales de sus fallos. Sin embargo, conviene recordar que ya el propio Kelsen <sup>59</sup>, a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto plazo contado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. En coherencia con este planteamiento el art. 140.3 de la Constitución austríaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual art. 140.5 de la Constitución vigente en Austria, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció Kelsen <sup>60</sup>, era permitir al Parlamento reemplazar la ley cues-

---

Marseille, París, Economica-Presses Universitaires, , 1990, pág. 179 y ss.; en concreto, págs. 202-203.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 203.

<sup>59</sup> Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243.

<sup>60</sup> Hans Kelsen, *El control de la constitucionalidad...*, op. cit., pág. 84.

tionada por una nueva conforme a la Constitución, antes de que la anulación fuera efectiva.

Si recapitulamos sobre lo que se acaba de exponer, la conclusión nos parece clara: ya desde el primer momento de funcionamiento del modelo kelseniano, pese a las profundas divergencias ideológicas que lo separan del americano, a las que ya aludimos, existen elementos que van a reducir el antagonismo de cada binomio; los apreciamos en el modelo kelseniano, pero también en el americano. Tras la “*Novelle*” (la reforma constitucional austríaca de 1929), Cappelletti cree <sup>61</sup> que el sistema austríaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido, opinión que compartimos y que nos conduce a la conclusión de que el proceso de hibridación de ambos sistemas es anterior al constitucionalismo de la segunda postguerra, bien que con él se acentúe notabilísimamente,

### *B. La absoluta superación de la contraposición bipolar*

I. La virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso. Más aún, como creemos se desprende de lo hasta aquí expuesto, incluso desde una perspectiva histórica resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad “sistema difuso/sistema concentrado” o, con más rigor “*judicial review of Legislation/ Verfassungsgerichtsbarkeit*”, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta superación de algunos de sus rasgos más característicos.

Una opinión doctrinal absolutamente extendida en nuestros días ha venido poniendo de relieve, ya desde tiempo atrás, la existencia de una clara tendencia convergente de ambos modelos. Este es el caso de Cappelletti <sup>62</sup>, para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su fun-

---

<sup>61</sup> Mauro CAPPELLETTI, “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, settima ristampa, Milán, Giuffrè, 1978, pág. 95.

<sup>62</sup> Mauro CAPPELLETTI, “Judicial Review on Comparative Perspective”, en *California Law Review*, N° 5, octubre 1970, vol. 58, pág. 1017 y ss.. Manejamos la

cionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo. Está probado ya ampliamente, señala el mismo autor en otro lugar<sup>63</sup>, que ciertos contrastes de fondo que en un tiempo se consideraron abismales, entre el *civil law* y el *common law*, han llegado a ser en realidad bastante menos radicales; así también un atento análisis de la evolución de los dos grandes modelos de control de constitucionalidad demuestra una tendencia evolutiva netamente encaminada en el sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición.

En el sistema americano, la *Supreme Court* presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por la vía del *writ of certiorari*, la *Supreme Court* se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia que son, por lo general, cuestiones constitucionales.

Conviene recordar que el notable aumento del número de casos de que había de conocer el Tribunal Supremo norteamericano a fines del siglo XIX motivó las quejas de los magistrados por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un desarrollo efectivo de su función. Dos leyes del Congreso trataron de solventar el problema. La primera, la ley del Tribunal de Apelación de 1891, concedió por primera vez a la *Supreme Court* jurisdicción discrecional sobre una elevada proporción de casos. La segunda, la ley judicial de 1925, dispuso que la mayoría de los casos llegaran al Tribunal en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. La consecuencia de todo ello sería una considerable ampliación de la capacidad del Tribunal para decidir la admisión a trámite.

Una nueva reforma llevada a cabo en 1988 ha eliminado de facto, la jurisdicción de apelación, de naturaleza obligatoria, respecto de los tribu-

---

traducción francesa, "Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé", op. cit., pág. 213.

<sup>63</sup> Mauro CAPPELLETTI, "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", publicado en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *La justicia constitucional* (Estudios de derecho comparado), México, UNAM, 1987, pág. 195 y ss.; en concreto, pág. 206.

nales federales. En definitiva, la revisión no constituye una cuestión de derecho, sino de discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando existan razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección *ad libitum* y enteramente discrecional, circunstancia que ha posibilitado que la *Supreme Court* se convierta en “*el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal*”<sup>64</sup>, acentuándose por todo ello su rol como órgano político.

Hace cincuenta años, afirmaba Baum en 1981<sup>65</sup>, la mayor proporción de los casos presentados ante el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En la actualidad, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, y la mayor parte de ellos suscitan temas de libertades civiles.

A la vista de la evolución de la *Supreme Court* y de su situación actual y se ha podido constatar por amplios sectores de la doctrina<sup>66</sup> que es grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales, bien que no haya faltado alguna cualificada opinión doctrinal divergente<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup>Lawrence BAUM, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, pág. 152.

<sup>65</sup>Ibídem, pág. 148.

<sup>66</sup>Este es el caso, entre la doctrina española, de Rubio Llorente, para quien la *Supreme Court* es, en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, un Tribunal Constitucional (FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en el colectivo, *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, vol. II, pág. 1411 y ss.; en concreto, pág. 1416). Y en el mismo sentido, entre otros muchos, se manifiesta Lucio Pegoraro, a cuyo juicio, “*negli ultimi anni, la Corte Suprema s’è trasformata... in una vera e propria Corte Costituzionale e cioè in un organo dotato di competenze specializzate*” (LUCIO PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, pág. 21).

<sup>67</sup>Es el caso de Cappelletti (en *Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé*, op. cit., págs. 205-206), para quien, bien es verdad que en 1970, el Tribunal Supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés en la Constitución de 1947, se hallan lejos de equivaler a los Tribunales Constitucionales europeos, en tanto la competencia de estos órganos no se limita a cuestiones constitucionales. Más aún, la mayor parte de los asuntos de que conoce la *Supreme Court* lo es, a través de la vía procesal de los recursos y no por intermedio de un procedimiento especial. Tampoco, siempre según Cappelletti, para las cuestiones constitucionales se sigue un procedimiento especial. A juicio del

Pero aún hay algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la *Supreme Court*, conducen, según Rubio Llorente<sup>68</sup>, a que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la “*Verfassungerichtsbarkeit*”.

III. En Europa, como bien ha destacado Pizzorusso<sup>69</sup>, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austríaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal conocido en Italia como la “*pregiudizialità*”, esto es mediante la facultad que en varios sistemas se concede a los órganos jurisdiccionales ordinarios, no de decidir las cuestiones constitucionales autónomamente, pero sí de elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de aplicar en una “*litis*” concreta de la que estén conociendo, situación que, como ya indicamos, se halla vigente (por lo menos en relación a los órganos jurisdiccionales supremos) desde la *Verfassungsnovelle* austríaca de 1929.

---

citado autor, considerar que los *writs* tales como el habeas corpus o el *certiorari* constituyen la base del sistema de control de constitucionalidad es un error fundamental. De todo ello el autor italiano deduce que el Tribunal Supremo norteamericano no se sitúa en el mismo nivel que los Tribunales Constitucionales, aproximándose por el contrario a los Tribunales Supremos que coronan la estructura del Poder Judicial, tales como el *Oberster Gerichtshof* austríaco, el *Bundesgerichtshof* alemán o la Corte di Cassazione italiana. No obstante esta posición tan, a simple vista, rotunda, Cappelletti, de modo un tanto contradictorio, en el mismo trabajo (pág. 211), afirma que la *Supreme Court*, por la vía del *writ of certiorari*, se limita cada vez más a ejercer su control tan sólo en las cuestiones más relevantes, que, por lo general, son de naturaleza constitucional, aproximándose así, de hecho, a los Tribunales Constitucionales europeos.

<sup>68</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1416.

<sup>69</sup> ALESSANDRO PIZZORUSSO, “I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli ella prassi”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, N° 3, diciembre 1982. pág. 521 y ss.; en concreto pág. 522.

La facultad que se atribuye, en algunos países, a los jueces ordinarios, de plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma aplicable a una controversia de la que están conociendo (“de cuya validez dependa el fallo”, se dice en el art. 163 de la Constitución española) viene a imbricar a los órganos jurisdiccionales en el control de la constitucionalidad por cuanto a ellos corresponde llevar a cabo el primer análisis acerca de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Como dice Cappelletti <sup>70</sup>, la cuestión de inconstitucionalidad ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, en cuanto que la cuestión implica una decisión preliminar del propio juez ordinario acerca de la razonabilidad de la duda de inconstitucionalidad de la ley a aplicar en la “*litis*”, introduciendo de esta forma un elemento difuso en un sistema de control concentrado.

Pero aún hay algo más. La cuestión de inconstitucionalidad viene a entrañar la introducción de un elemento incidental en un sistema concentrado caracterizado por el carácter principal del control. Como ha destacado Pizzorusso <sup>71</sup>, ello es importante porque va a atribuir carácter “concreto” al control realizado por los Tribunales Constitucionales cuando conocen de cuestiones de inconstitucionalidad. Bien es verdad que este carácter “concreto” (contrapuesto al carácter “abstracto” del recurso de inconstitucionalidad) sólo puede admitirse en un sentido impropio que se vincula con el planteamiento de la cuestión. La abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge al margen de un caso judicial. La concreción deriva de la relación de prejudicialidad, correspondiente a la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad, que se establece entre los dos juicios en base a que mientras en uno tal norma constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un concreto caso en cuyo ámbito la norma controlada habla de encontrar aplicación. Esta concreción en el

---

<sup>70</sup> Mauro CAPPELLETTI, “El control de la constitucionalidad de las leyes: su expansión mundial y legitimidad democrática”, en *Ius et Praxis*, N° 24, Lima, diciembre 1994, pág. 184 y ss.; en particular, pág. 189.

<sup>71</sup> Alessandro PIZZORUSSO, “I sistemi di giustizia costituzionale...”, pág. 525.

planteamiento de la cuestión convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal, no obstante lo cual, como señala Jiménez Campo <sup>72</sup>, ese planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión sobre el propio juicio constitucional, pues en la determinación del sentido de los enunciados normativos puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez *a quo*.

La presencia de elementos difusos en los sistemas de control concentrado se acentúa aún más si se advierte que en algunos países, como es el caso de Alemania, son los jueces ordinarios los que pueden controlar la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, y que en otros varios, a esos mismos órganos jurisdiccionales corresponde, por la vía del control de legalidad, controlar la constitucionalidad de las normas infralegales.

IV. El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas de *common law*; ello no obstante, en los sistemas de la familia romano-germánica, como los denomina David <sup>73</sup>, la *judicial review of legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los Tribunales Constitucionales europeos, de técnicas jurídicas, y aún más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la *Supreme Court*, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, sin ánimo de entrar ahora en una cuestión a la que nos referiremos más adelante (la superación del rol kelseniano del “legislador negativo”), sí quisiéramos aludir al notabilísimo enriquecimiento de los fallos de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a ejercer un rol puramente negativo, sino que han asumido en plenitud la fun-

---

<sup>72</sup> Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en el colectivo *La Jurisdicción Constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994)*, Tribunal Constitucional, Madrid, CEC, 1995, pág. 71 y ss.; en concreto págs. 77-78.

<sup>73</sup> René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7ª ed., París, Dalloz, 1978.

ción propia de un legislador positivo, mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias de la *judicial review*, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa, sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales han disociado en bastantes ocasiones inconstitucionalidad y nulidad.

En relación a Italia, Zagrebelsky<sup>74</sup> ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la Corte Costituzionale y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, “*si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia in modo costituzionalmente legittimo*”. En este modo de proceder, Zagrebelsky encuentra la *ultima ratio* que ha conducido a la Corte Costituzionale a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma (no de la disposición de la que aquélla proviene), y a la frecuente utilización de este instrumento.

V. Un nuevo elemento de convergencia entre ambos sistemas puede apreciarse en la disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica en virtud de la regla del “*stare decisis*” y la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Ello ha sido posible porque el contenido de muchos de los pronunciamientos de estos últimos órganos ha sido básicamente interpretativo.

---

<sup>74</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1977, págs. 152-153.

El *horror vacui* del juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de big bang de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de agujeros negros en el ordenamiento jurídico<sup>75</sup>. Ello ha conducido a las sentencias interpretativas que, como subraya Crisafulli<sup>76</sup>, “*sono nate da un’esigenza pratica, e non da astratta elucubrazioni teoriche*”. Y esa exigencia práctica es, precisamente la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos (en íntima relación con la exigencia práctica anterior), que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico<sup>77</sup>, se puede comprender la gran expansión que este tipo de sentencias ha tenido. Ellas han terminado, en la práctica, por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo americano<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> THIERRY DI MANNO, “Le juge constitutionnel et la technique des décisions ‘interprétatives’ en France et en Italie”, d’Aix-Marseille, Paris, Economica-Presses Universitaires, 1997, pág. 74.

<sup>76</sup> VEZIO CRISAFULLI, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976, fasc. 10, pág. 1694 y ss.; en particular, pág. 1703.

<sup>77</sup> SILVESTRI, refiriéndose a la Corte Costituzionale, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socioculturales (reflejadas aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. Gaetano SILVESTRI, “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore...*, op. cit., pág. 755 y ss.; en concreto, pág. 757.

<sup>78</sup> PIZZORUSSO (en *I sistemi di giustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 527) vincula la progresiva menor relevancia diferencial entre los dos clásicos sistemas de la eficacia *erga omnes* de las sentencias estimatorias -y en Alemania, también de las de rechazo- a la vinculación de la sentencia al hecho con respecto al cual se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, circunstancia que tiende a conferir siempre mayor importancia al carácter interpretativo de la sentencia, logrando que su eficacia como precedente sobrepase en importancia a su eficacia de cosa juzgada.

VI. El acercamiento entre los dos grandes sistemas tradicionales de control de la constitucionalidad que propicia, muy particularmente, el instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad no sólo hace posible encontrar una más amplia unidad entre los dos modelos históricos, sino que, como bien advierte Pizzorusso<sup>79</sup>, es revelador de que entre ellos es el sistema americano el que se reafirma con una posición verdaderamente central, no extrañando el modelo concentrado más que modificaciones estructurales respecto de aquél.

Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia haya sido el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico, lo que explicará el diseño por los constituyentes de ambos países de la segunda postguerra de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes encaminado a precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos y libertades.

Ello irá unido a una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, a una visión que la concibe, como la visionara Corwin en un trabajo clásico<sup>80</sup>, como “*the Higher Law*”, como la ley superior como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley, pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de la norma contraria a la constitucional.

Esta eficacia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advirtiera Bachof<sup>81</sup>, más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución; por un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes del Estado, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden de valores que las constituciones vienen a considerar

---

<sup>79</sup> Alessandro PIZZORUSSO, *I sistemi de giustizia...*, op. cit., pág. 527.

<sup>80</sup> Edward S. CORWIN, “The ‘Higher Law’ background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, págs. 149 y ss., y 365 y ss..

<sup>81</sup> Otto BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos el texto de la trad. española, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 39-40.

anterior a ellas mismas, en cuanto que además no ha sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental en una idea del hombre que descansa en estos valores.

A partir de estas premisas, la concepción de la Constitución como “ley superior”, el carácter “limitado” del gobierno, esto es, de los poderes constituidos, genialmente expuesta por Hamilton en el artículo LXXVIII de *El Federalista*<sup>82</sup>, y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su celeberrima sentencia<sup>83</sup> y en perfecta sintonía con todo ello, el diseño de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, los constituyentes germanos e italianos pondrán la vista tanto en el modelo de la *judicial review of legislation* como en el que diseñara la Constitución austríaca de 1920, que había proyectado su influencia sobre el constitucionalismo de entreguerras.

Zagrebelsky<sup>84</sup> ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano era casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar. Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austríaco-kelseniano, opción, como ha señalado García de Enterría<sup>85</sup>, que fue tributario de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia, pero que, precisamente por ello, se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. El propio autor<sup>86</sup> sostiene, de modo rotundo, que no se

---

<sup>82</sup> HAMILTON, MADISON Y JAY, *El Federalista*, 1ª reimpr. de la segunda edición española, México, FCE, 1974, págs. 330-336.

<sup>83</sup> C. Herman PRITCHETT, *The American Constitution*, McGraw-Hill, New York, 1959. Manejamos la traducción española, *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, pág. 191.

<sup>84</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 321.

<sup>85</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1961, págs. 133-134.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág. 134.

acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la “*Bonner Grundgesetz*”, no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial y en la norma de apertura (art. 92) del Capítulo IX, dedicado a la jurisdicción (“*Die Rechtsprechung*”) <sup>87</sup>.

La estructura por la que finalmente se opta: una jurisdicción concentrada no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”, lo cierto es que, en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de rechazo que tiene el Tribunal Constitucional y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

Esta visión creemos que, en lo sustancial, es suscribible, bien que, como veremos más adelante, la concepción kelseniana del legislador negativo, ha operado como una auténtica “idea-fuerza” que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los Tribunales Constitucionales se ha tenido; pese a su relativización, los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica.

VII. Esta concepción constitucional tan próxima a la norteamericana: una Constitución concebida como “*higher law*” cuya fortaleza última se encuentra en un conjunto de valores superiores a los que se encadena una declaración de derechos, en un conjunto normativo al que se sujetan todos los poderes del Estado, incluyendo el Poder Legislativo, explica también el nuevo rol que los órganos del Poder Judicial van a asumir en el marco constitucional. Ciertamente a diferencia del sistema americano, la sujeción a la ley sigue siendo un principio indiscutible, pues a los jueces alemanes o italianos (después de 1956, año en que iniciaría su andadura la Corte Costituzionale) no les cabe inaplicar una ley cuando

---

<sup>87</sup> Recordemos que en la Constitución austríaca de 1920 el Tribunal Constitucional era objeto de regulación en el Título VI, relativo a las “garantías de la Constitución y de la Administración”, mientras la jurisdicción era objeto de una sección dentro del Título III, relativo Ejecutivo federal.

la consideren contraria a la Constitución, pero ello no obsta a que el rol constitucional de los jueces se vea notabilísimamente potenciado.

La magistratura, dirá Heyde <sup>88</sup> en relación a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de derecho que ha querido la Ley Fundamental. Y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del art. 103 de la Constitución de Weimar <sup>89</sup>, el art. 92 de la *Grundgesetz*, norma de apertura del capítulo dedicado a la jurisdicción <sup>90</sup>, contiene un plus de garantías constitucionales del Poder Judicial, lo que ha conducido a una opinión doctrinal y jurisprudencial (del Tribunal Constitucional) casi unánime en torno a que la *Grundgesetz* parte de un concepto material de jurisdicción. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del art. 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, “si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales”. Los órganos del Poder Judicial se convierten de esta forma en los garantes de los derechos o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por las previsiones legales y desde 1968 por la determinación de la propia *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

También en Italia el cambio de circunstancias se traducirá en una nueva visión del Poder Judicial. A ella se refiere Mortati <sup>91</sup>, que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial resultante del elemento de creatividad en ella implicado y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del Poder

---

<sup>88</sup> Wolfgang W. HEYDE, “La jurisdicción”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL Y HESSE Y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, op. cit., pág. 767 y ss.; en concreto, págs. 769 y 772.

<sup>89</sup> El art. 103 de la Constitución de 1919 se limita a decir que: “La justicia se ejerce por el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) y por los Tribunales de los Länder”.

<sup>90</sup> De acuerdo con el art. 92 de la *Grundgesetz*, “El poder judicial se confía a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional, por los tribunales federales ordinarios previstos en esta Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder”.

<sup>91</sup> Costantino MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Padua, CEDAM, 1976, t. II, págs. 1248-1250.

Judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función: la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un “Estado de jurisdicción”. Quizá con una mayor introspección. Martines <sup>92</sup> significará que aunque no existe una función de dirección política (un *indirizzo politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social y en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión de la función jurisdiccional de la simple tarea “*di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari*” que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del Poder Judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, el constitucionalismo de la segunda posguerra va a revitalizar el Poder Judicial, convirtiéndolo en una de las piezas esenciales del Estado de derecho. La sujeción de los jueces a la ley no impedirá que a ellos se encomiende, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, que puedan aplicar la Constitución como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos y que, aun estándoles vedada la inaplicación de aquellas normas legales que, con ocasión de su aplicación en una litis, interpreten contradictorias con la Norma Suprema, puedan, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad realizado por ellos mismos, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que, de este modos, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo un monopolio de rechazo, como ya tuvimos oportunidad de destacar.

Insistiendo en una idea reiteradamente expuesta, pero que nos parece clave para la comprensión de este proceso de convergencia de ambos sistemas de control de constitucionalidad, en el trasfondo del trascendental cambio de posición del constituyente de la segunda posguerra, cambio que se expandirá por doquier en las décadas sucesivas frente, por ejemplo, a la postura del constituyente austríaco en los años veinte, hay que situar los hechos que tanto en Alemania como en Italia convertirán al legislador en el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional

---

<sup>92</sup>Temístocle MARTINES, *Diritto costituzionale*, 8ª ed., Milán, Giuffrè, 1994 pág. 522.

de los derechos propiciando, en una clara aproximación al modelo anglosajón, el fortalecimiento de rol constitucional de los jueces.

VIII. Llegados aquí, pueden comprenderse con mayor facilidad si caben los procesos de convergencia que se han venido produciendo en el último medio siglo entre los antaño dos contrapuestos sistemas de justicia constitucional. Tales procesos han propiciado que un cierto sector de la doctrina<sup>93</sup> visualice una especie de tercer modelo, una suerte de *tertium genus*, que compendiaría rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento “de difusión” en la fase introductoria del procesos que no en la decisoria<sup>94</sup>.

Sin embargo, ni siguiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos nos muestran. Prueba de ello es que la misma doctrina<sup>95</sup> avanza la existencia de un *quartum genus* que abarcaría países tales como Portugal, Grecia y algunos latinoamericanos en los que, básicamente, puede decirse que coexiste el control difuso con el control concentrado, si es que se puede seguir tomando como punto de referencia esta bipolaridad.

Desde luego, si los constituyentes y legisladores diseñaran los respectivos sistemas de justicia constitucional con la finalidad de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como señala Pizzorusso<sup>96</sup> de que habrían de proceder a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los ordenamientos positivos en la materia son fruto de la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia evolución histórica, de influencias culturales... etc., difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. De ahí las dificultades, diríamos que insu-

---

<sup>93</sup> Este es el caso, por ejemplo, de Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, pág. 27.

<sup>94</sup> El propio PEGORARO (Ibídem, pág. 30) entiende que el ordenamiento italiano configura un sistema que puede ser considerado como “mixto” desde diferentes perspectivas.

<sup>95</sup> Lucio PEGORARO, *Lineamenti...*, op. cit., págs. 39-45.

<sup>96</sup> Alessandro PIZZORUSSO, *Il sistemi di giustizia costituzionale...*, op. cit., págs. 530-531,

perables, de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares<sup>97</sup>.

#### **4. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad**

Si de las reflexiones que con una cierta abstracción acabamos de realizar descendieramos a la normación de un amplio conjunto de ordenamientos jurídicos, en definitiva, a un análisis de derecho comparado, llegaríamos a conclusiones muy parejas, que no son otras que las enormes dificultades, si es que no la absoluta imposibilidad, de reconducir los heterogéneos y muy plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única variable (como la que separa el sistema americano del europeo-kelseniano).

Sin pretender ahora entrar en desarrollos doctrinales, sí queremos significar que amplios sectores doctrinales (así, Pizzorusso, Baldassarre y Pegoraro en Italia, Fromont en Francia y Rubio Llorente en España) han postulado la necesidad de avanzar hacia una nueva clasificación de los distintos modelos que, total o parcialmente abandone la vieja contraposición bipolar “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”.

En esta misma dirección, por nuestra parte, creemos que sólo atendiendo a una articulación de las distintas variables en presencia podremos conseguir una clasificación capaz de ofrecer una elevada capacidad analítica. Sin ánimo de proceder ahora a una explicación y desarrollo casuístico, sí quisiéramos esbozar, ya para finalizar, qué variables podrían ser articuladas con vistas a ofrecer una explicación coherente de las distintas fórmulas que nos ofrecen los muy plurales sistemas de control de constitucionalidad.

Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración, de una doble modalidad de control de la constitucionalidad: el control de la ley,

---

<sup>97</sup> En análogo sentido se manifiesta Giancarlo ROLLA, “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, en Cuadernos de Derecho Público, Nº 3, enero-abril 1998, pág. 137 y ss.; en concreto, pág. 177.

que presupone que éste se lleva a cabo en ausencia de todo litigio judicial previo, como también de todo conflicto de intereses subjetivos, y aquel otro control de constitucionalidad que se verifica con ocasión de la aplicación de la ley, que presupone, como es obvio, unos rasgos contrapuestos al anterior.

A partir de aquí, en la primera modalidad de control, habría que atender a dos nuevas variables: A) De un lado, al momento de verificación del control, que propiciará la diferenciación entre un control *a priori*, previo o preventivo y otro *a posteriori*, sucesivo o represivo, según que el control se lleve a cabo antes o después de la entrada en vigor de la ley. B) De otro lado, atenderemos a la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control, debiendo diferenciar así entre un control objetivo o en interés del orden constitucional general, y un control competencial, que, en el marco de un Estado por lo general compuesto, pretende salvaguardar el orden constitucional de competencias establecido en relación con los diferentes entes territoriales.

En la segunda modalidad de control, esto es, en el control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, sería preciso a su vez atender a tres diversas variables:

A) La primera de esas variables atendería al hecho de que la competencia se atribuya a una pluralidad de órganos o a un órgano único, diferenciando de esta forma un control difuso, en el que cualquier juez puede efectuar el control constitucional de una norma que ha de aplicar, y un control concentrado, en el que ese control corresponde a un órgano único, sea el Tribunal Constitucional, sea, como acontece por ejemplo en Panamá o en el Paraguay, el Tribunal Supremo.

B) La segunda variable atiende a la instancia desencadenante del control, pudiéndose diferenciar aquí cuatro modalidades:

a) El control instado por un órgano jurisdiccional, como es el caso característico, y muy frecuente en Europa, de la cuestión de inconstitucionalidad.

b) El control que insta una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Contra lo que pudiera pensarse esta modalidad de control no es consustancial a un procedimiento de amparo o queja constitucional; por el contrario, al margen del amparo, en ocasiones, un indivi-

duo puede desencadenar un control de constitucionalidad. Pensemos, por poner algunos ejemplos concretos, que el art. 140.1 *in fine* de la Constitución austríaca habilita a toda persona para presentar ante el Tribunal Constitucional un recurso individual sobre la inconstitucionalidad de una ley, cuando hubiere sido directamente lesionada en sus derechos por tal inconstitucionalidad, siempre que tal lesión se produjera de modo actual e inmediato, sin mediar la previa adopción de una resolución judicial o administrativa. En Uruguay, todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo puede instar de la Corte Suprema, por vía de acción, la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto legislativo formal. Diferente sería, desde luego, el caso de Colombia, pues la acción popular de inconstitucionalidad no tendría encaje aquí, sino en la modalidad de control de constitucionalidad de la ley en su vertiente de un control objetivo o en interés del orden constitucional general, dado que en Colombia, la muy conocida acción popular de inconstitucionalidad, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX se halla desligada de la afectación de la ley a los derechos o intereses de una persona, vinculándose expresamente con el derecho de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

c) El control instado por los propios órganos constitucionales del Estado, encaminado a la reivindicación de una atribución que, entendiéndola propia, consideren que ha sido indebidamente asumida por otro órgano estatal.

d) Finalmente, el control desencadenado por los entes territoriales de un Estado compuesto, dirigido a reivindicar la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial,

C) La última de las variables a las que se ha de atender es la relativa a la eficacia de las sentencias, particularmente de las sentencias estimatorias, habiéndose de distinguir aquí según las sentencias tengan efectos en el caso concreto (inter partes) o proyecten sus efectos con carácter general (*erga omnes*). Podría pensarse que esta diferenciación es innecesaria en cuanto que quedaría subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de órganos para llevar a cabo el control, en forma tal que en el control difuso los efectos serían inter partes y en el control concentrado, *erga omnes*. Esta regla, que desde luego tiende a la generalidad, quiebra sin embargo, en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta nueva categorización. Así, por poner un ejemplo específico, el control concentrado en manos de la Corte Supre-

ma uruguaya no se traduce en que sus sentencias tengan efectos generales circunscribiéndose tales efectos al caso concreto. Lo mismo puede afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay (a través de su Sala Constitucional). Y otro tanto habría que decir en relación a los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena, que monopoliza el control sucesivo de las leyes, mientras el Tribunal Constitucional asume igual monopolio preventivamente dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hemos de terminar poniendo de relieve, a modo de conclusión, las que bien podrían considerarse como dos pautas tendenciales dominantes en la jurisdicción constitucional de estos albores del nuevo siglo: la primera sería la del progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control de la aplicación de las leyes; la segunda, la tendencia cada vez más acentuada hacia una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos, lo que no sería sino la resultante obligada del lugar primigenio de la centralidad, de los derechos y libertades en las constituciones de nuestro tiempos.

<p>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY</p>	<p>Según el momento de verificación del control</p>	<p>Control preventivo Control sucesivo</p>
<p>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY</p>	<p>Según la naturaleza del interés constitucional a salvaguardar</p>	<p>Control objetivo o en interés del orden constitucional general Control competencial o en interés del orden constitucional de competencias</p>
<p>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY</p>	<p>Según la pluralidad o unicidad de órganos competentes para controlar</p>	<p>Control difuso Control concentrado</p>
<p>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY</p>	<p>Según la instancia desencadenante del control</p>	<p>Control instado por un órgano judicial Control instado por una persona les onada en sus derechos o afectada en sus intereses legítimos Control instado por los órganos constitucionales del Estado Control instado por los entes territoriales</p>
<p>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY</p>	<p>Según la eficacia de las sentencias</p>	<p>Control con efectos en el caso concreto Control con efectos erga omnes</p>



## **ESCUELA CHILENA DE HISTORIA DEL DERECHO: APORTES Y DESARROLLO \***

por SERGIO MARTÍNEZ BAEZA

Señoras y señoras:

Esta prestigiosa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales me ha concedido el inmerecido honor de integrarme a sus labores, en calidad de miembro correspondiente en Chile, lo que mucho me enorgullece y me agrada, dadas mis múltiples vinculaciones con esta gran provincia argentina, con esta acogedora ciudad de Córdoba y con algunos ilustres amigos que aquí viven y laboran.

Agradezco a todos los señores académicos esta honrosa designación de que me hacen objeto, en particular a su presidente, Dr. Olsen Ghirardi, a su secretario, Dr. Ernesto Rey Caro y a mis queridos amigos los Dres. Pedro J. Frías y Ramón Pedro Yanzi Ferreira y, además, permítaseme rendir en esta solemne ocasión un afectuoso homenaje a la memoria de quien fuera un querido y respetado amigo, el Dr. Roberto I. Peña, cuyo recuerdo se encuentra ligado a ricas e inolvidables vivencias, de verdadero enriquecimiento espiritual.

He escogido como tema de mi disertación de esta tarde el que he titulado «La escuela chilena de historiadores del derecho». Quizás este calificativo, que involucra a quienes nos ocupamos en Chile de esta ciencia mixta, pueda parecer un poco pretencioso, pero debo informar a uste-

---

\* Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, en calidad de miembro correspondiente en Chile. Córdoba, 8 de octubre de 2002.

des que no hemos sido los profesores chilenos los que lo hemos inventado, sino que obedece a un muy apreciado reconocimiento brindado por autores extranjeros, a partir de la década de 1970.

Sólo a título de ejemplo, cabe mencionar a Beatriz Bernal de Bugeda y a su obra *Historiografía jurídica hispanoamericana*<sup>1</sup>; a Alberto de la Hera, Ana María Barrero y Rosa María Martínez de Codes y su libro *La historia del derecho indiano*<sup>2</sup>; a Jorge Basadre Ayulo y sus *Nociones elementales sobre la historiografía jurídica y su incidencia en el derecho peruano*<sup>3</sup>; o a Ismael Sánchez Bella, Alberto de la Hera y Carlos Díaz Rementería y a su *Historia del derecho indiano*<sup>4</sup>. Paradójicamente, el repertorio chileno sobre ciencias sociales publicado por el C.P.U. en 1983 ni siquiera menciona la labor de investigación histórico-jurídica cumplida por los investigadores locales, ni bajo el rubro de Historia, ni bajo el de Derecho, tal vez por el carácter de avanzada que mostraba por esos años esta disciplina.

Pero, para una adecuada presentación del tema, debemos recapitular y comenzar dando alguna información acerca de los estudios de derecho en Chile. Éstos se inician hace 244 años, cuando el 9 de enero de 1758 abre sus puertas en la ciudad de Santiago, la Real Universidad de San Felipe. Desde entonces se mantienen, hasta ahora, con altibajos pero sin interrupciones. Se trata de la larga historia de una profesión que ha contribuido, como pocas, a forjar el país. Los hombres de derecho, formados en las aulas universitarias, han impreso una honda huella en la vida nacional. Hoy, son más de cuarenta las escuelas de derecho existentes en el país, con un total de estudiantes que llega a los 18.000.

En 1758 comienzan estos estudios en la Facultad Universitaria de Cánones y Leyes, que correspondía al multisecular «*utriusque iuris*»

---

<sup>1</sup> Beatriz BERNAL DE BUGEDA, *Historiografía jurídica hispanoamericana*, México, 1979.

<sup>2</sup> Alberto DE LA HERA, Ana María BARRERO y Rosa María MARTÍNEZ DE CODES, *La historia del derecho indiano*, Madrid, 1989.

<sup>3</sup> Jorge BASADRE AYULO, *Nociones elementales sobre la historiografía jurídica y su incidencia en el derecho peruano*, Santiago, Chile, 1989.

<sup>4</sup> Ismael SÁNCHEZ BELLA, Alberto DE LA HERA y Carlos DÍAZ REMENTERÍA, *Historia del derecho indiano*, Madrid, 1992.

europeo, es decir, al estudio de ambos derechos: romano y canónico. Los dos catedráticos propietarios fueron Santiago de Tordesillas (1700-1760) de Prima de Leyes, y Alonso de Guzmán (1705-1791), de Prima de Cánones, ambos chilenos <sup>5</sup>.

La larga vida de estas cátedras no deja de ser sorprendente, ya que se proyectan hasta nuestros días. No está de más apuntar que otras cátedras de derecho más antiguas, las primeras de América, en las universidades de México, Lima, Guatemala y Charcas, sucumbieron durante el siglo XIX. En Chile, en cambio, no sólo subsisten, sino que se multiplicaron y combinaron con los estudios de derecho vigentes, que terminaron por incorporarse a nuestra actual Universidad de Chile y después a los posteriores.

Recordemos que la historia del derecho es la ciencia que estudia las vicisitudes de las instituciones jurídicas a través del tiempo. Supone, en consecuencia, que el derecho varía, sufre mutaciones. Se le suele comparar con el lenguaje, por ser ambos patrimonio del hombre, aunque existen persistencias que pasan de una época a otra y que generan la reglamentación básica de una y otra expresión de nuestra humanidad. El matrimonio monogámico es bastante antiguo en la civilización occidental. No obstante, han cambiado los requisitos formales de validez, los impedimentos, la regulación de la capacidad de los contrayentes, de acuerdo a la cambiante costumbre o simplemente al medio físico en que dicha reglamentación se aplica. Los esfuerzos del hombre por fijar en un momento determinado el derecho vigente, resultan totalmente infructuosos. Tanto el sistema de recopilaciones usado en España hasta el siglo XIX, como el de la codificación, resultan estériles frente al propósito de canalizar y estatificar el derecho.

El Código Civil chileno procuró establecer el derecho vigente a la fecha en que se terminó de redactar, 1855, y desde entonces el progreso social y material ha dejado atrás muchas de sus disposiciones. El propio legislador se ha encargado de complementarlo y actualizarlo y la jurisprudencia, con todas las limitaciones con que actúa en un régimen imperante

---

<sup>5</sup> Bernardino BRAVO LIRA, *La Universidad en la historia de Chile: 1622 - 1992*, Santiago, 1992.

de plenitud legal, se ha encargado, resolviendo por analogía, de conciliar los progresos de la técnica con las viejas normas codificadas. El derecho vive en constante mutación, pero las mudanzas que experimenta tienen, sin embargo, un punto de partida, un trasfondo, una manera de vivirlo, que es propio de cada nación, país o región.

En el caso de los chilenos, ¿cuál es ese trasfondo? ¿Qué elementos han contribuido a su formación? Estas preguntas nos llevan a la necesidad de un mayor conocimiento histórico-jurídico. Así podemos saber que, en materia de derecho, coincide el movimiento emancipador con la llegada de las tendencias constitucionalistas y del liberalismo burgués, productos ambos de la Revolución Francesa. Se cambiaron viejas instituciones de tres siglos por otras foráneas, sobre todo en materia política. Se imitaron constituciones extranjeras sin tomar en cuenta las costumbres del país, su moral, comercio y agricultura. La despreocupación por los orígenes de nuestro derecho, unida al convencimiento de que éste se encuentra sólo en la ley positiva, creada por la razón del legislador, motivan un desprecio encubierto o franco de parte de los exégetas y dogmáticos por la historia jurídica, lo que incide en la formación de los futuros juristas que se forman en nuestras universidades.

De allí la preocupación manifestada por un grupo de estudiosos chilenos, desde la transformación de la Real Universidad de San Felipe en la actual Universidad de Chile y, muy particularmente, en las últimas décadas, para ahondar en el valor formativo de la historia del derecho, ya que prescindir de ella significa privar de la oportunidad de ser juristas a los estudiantes, que quedarían, sin su estudio, limitados a la condición de prácticos o simples abogados de tribunales o de bancos.

El jurista tiene una gran responsabilidad en el mantenimiento del principio de justicia, que ha de preferir siempre a la legislación positiva. Su decadencia ha traído como resultado que en los cargos gubernamentales o legislativos, sean reemplazados por técnicos de otras procedencias. El jurista tiene que saber que no todo el derecho se encuentra contenido en los códigos y en las leyes y que muchas de estas disposiciones ni siquiera son justas. Mientras la justicia y el derecho permanecen y evolucionan, la ley positiva es un ave de paso.

Manuel Salvat nos recuerda que en el mensaje de nuestro Código Civil, el legislador D. A. Bello, quiso dar una sensación de incertidumbre respecto de la permanencia de sus disposiciones. La necesidad de codificar leyes, advierte, «*es una disposición periódica de las socieda-*

*des*». Más adelante dice: «*Por completo y perfecto que suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursoras de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, procuran sin cesar providencias que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndola en relación con las formas vivientes del orden social*». Sabía, pues, el redactor del Código Civil que su obra era perecedera, que si cambiaban las circunstancias caería en desuso. De hecho, de los 2.524 artículos originales, 264 han sido derogados o modificados, salvo error u omisión, sin contar la gran cantidad de los que no se aplican. Muchas normas codificadas han cobrado vida independiente, como las de arrendamientos, de servicios, de casas, de menores y de alimentos, y otras han sido fuertemente complementadas, como las de sociedades, compraventa de bienes raíces, etcétera. En otros términos, el Código de Bello de 1855 se ha transformado en un documento arqueológico, según expresión del profesor Salvat <sup>6</sup>.

El mismo autor nos dice que en épocas de cambio, y todas lo son, la historia del derecho adquiere especial importancia. Cabe mencionar un ejemplo: el de los juristas que actuaron durante la independencia y un tiempo después. Ellos estudiaron en las universidades indianas o españolas, leyes y cánones, es decir, derecho romano justiniano glosado y comentado, y derecho canónico, o sea, poco más o menos, el derecho común de la Baja Edad Media. Hombres como los Egaña, Andrés Bello, José Joaquín de Mora, Bernardo Vera y Pintado, Juan Martínez de Rozas y tantos otros, pudieron adaptarse perfectamente a las transformaciones impuestas por la revolución. Lucieron en el Congreso, en la redacción de

---

<sup>6</sup> Manuel SALVAT MONGUILLOT, «Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de derecho», publicado en los Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, N° 7, Santiago, 1967.

leyes y constituciones, tuvieron la visión necesaria para colaborar con el movimiento codificador.

En los tiempos que corren hay también cambios. Autores como Marcelo Charat <sup>7</sup> y Eugenio Velasco <sup>8</sup> decían que el derecho está en crisis. El profesor Vierkant de la Universidad de Berlín, citado por Rivera Pastor <sup>9</sup>, llega a creer que, más que una transformación del orden jurídico, lo que ocurre en nuestro tiempo es que ha pasado la edad del derecho, como pasó en tiempos anteriores la edad de la costumbre. Es opinión generalizada que este radicalismo antijurídico puede interpretarse como una reacción frente al formalismo excesivo de muchos de los juristas actuales, que han encerrado en rígidas normas todas las posibles soluciones a las múltiples corrientes de una actividad social que, por ser humana, es libre y progresiva.

Para Carnelutti <sup>10</sup> la decadencia actual del derecho se debe a que ha ido perdiendo certeza y justicia. Dentro de este cuadro, el proceso ha resistido con mayor éxito los embates del tiempo, porque, como dice el sociólogo Herbert Spencer <sup>11</sup>, al Estado no le interesa tanto que se haga justicia como que se cumplan las reglas del juego. En el resultado del juicio interviene más la resistencia de la parte lesionada, la habilidad del letrado y la cuantía de recursos de las partes, que la equidad. De este modo, la función de la justicia queda garantizada por la estructura del juicio, aunque la justicia en sentido estricto esté alejada de la sentencia que dicta el juez, precisamente, por la falta de certeza de la ley. La causa principal de la incertidumbre de la ley es su hipertrofia. La multiplicidad de leyes hace que la ignorancia del derecho sea patrimonio incluso de los juristas y abogados. Si a esto se agrega lo impreciso de la ley, los defectos técnicos de que adolece por la precipitación con que actúan los honorables legisladores, se llega a la pavorosa conclusión de que cada vez estamos

---

<sup>7</sup> Marcelo CHARAT, «Crisis del derecho», en *Breviarios de Derecho*, Buenos Aires, 1961.

<sup>8</sup> Eugenio VELASCO LETELIER, *El derecho y los cambios sociales*, Valparaíso, Chile, 1967.

<sup>9</sup> F. RIVERA PASTOR, «La actitud íntima del hombre actual frente al derecho», en *Revista de Occidente*, N° 113, Madrid, 1932.

<sup>10</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *La muerte del derecho*, en *Breviarios de Derecho*, Buenos Aires, 1961.

<sup>11</sup> Herbert SPENCER, *La muerte del derecho*, en *Breviarios de Derecho*, Buenos Aires, 1961.

más lejos de conseguir un prudente conocimiento de la ley positiva y de la posibilidad de orientar a los alumnos en un bosque tan enmarañado.

La crisis judicial es paralela a la del derecho. Ha aumentado considerablemente el número de procesos que son cada vez de materias más especializadas y de gran trascendencia económica, de modo que el juez se olvida de los principios generales porque no tiene necesidad de emplearlos y, por último, por la rapidez que le es requerida, no puede fallar con el ánimo tranquilo de otrora.

Pero, lo que interesa ahora no es repetir una vez más lo que todos saben acerca de la crisis del derecho y sus causas, sino meditar acerca de la actitud que han de adoptar las facultades de derecho frente a este suceso comprobado. El problema es similar al que enfrenta la enseñanza secundaria con el progreso desmedido de las ciencias. En este aspecto, García Morente<sup>12</sup> llega a la conclusión de que, como no puede ponerse al día al alumno en todos los adelantos científicos, siquiera en forma elemental, es preferible orientar la pedagogía hacia una mayor familiaridad con las ideas generales. Al estudiante de derecho tampoco se le puede enseñar todo el derecho vigente que, por lo demás, está variando en el curso de la carrera. Es mejor proporcionarle los fundamentos básicos, instruirlo en un sistema jurídico completo, como el romano, y darle nociones acerca de la perspectiva histórica de su propio derecho. No sabrá los artículos del Código ni los números de las leyes, pero dispondrá de las herramientas necesarias para interpretar una ley, para inducir la existencia de determinado precepto, para saber cuál es el espíritu de la legislación. Nada mejor para conocer el derecho del presente y del porvenir, que saber el derecho del pasado.

Si se prescinde de la perspectiva histórica en los estudios de derecho se obtendrá como producto abogados convencidos de que la ley es la única forma de crear derecho, con lo que los juristas se convierten en simples servidores de la ley y pierden su libertad creadora e interpretativa. En Chile, coopera con este servilismo la circunstancia de que los jueces deben sentenciar según la ley. Este fenómeno, que es lógico en el mundo

---

<sup>12</sup> Manuel GARCÍA MORENTE, *Ensayos sobre el progreso*, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1932.

del positivismo, no lo era en el período romano de las respuestas, en que los juriconsultos, prácticamente, creaban derecho. Más próximo a este orden está el «*case-law*» inglés, con la diferencia de que mientras los romanos resolvían casos hipotéticos, los ingleses fundan sus conclusiones jurídicas en precedentes judiciales. El derecho adquiere así, una flexibilidad que lo hace más adaptable a las circunstancias externas. Por eso, en una época de cambios, una educación casuista permite una mejor adaptación y una mejor aptitud para distinguir lo justo de lo injusto. La educación que se basa en una ojeada a la legislación positiva, a más de dejar convencido al estudiante de que donde hay ley hay derecho, lo incapacita para resolver casos concretos y lo priva de toda imaginación creadora. Mediante la perspectiva histórica, el alumno puede conocer otros sistemas distintos, como el romano clásico en que el derecho fincaba en la acción, si hay acción hay derecho, o en los posteriores, en los que la equidad o la costumbre primaban sobre la ley positiva, como ocurría en nuestro derecho indiano.

Después de estas consideraciones que compartimos quienes hoy formamos parte de la llamada Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, procede dar más noticias sobre su origen y desarrollo.

Aunque ella nace formalmente en 1931, con la creación de una segunda cátedra de historia general del derecho, que pasa a servir Aníbal Bascuñán Valdés, doctorado en España y discípulo de Rafael Altamira, Galo Sánchez y Román Rianza, no hay duda de que su origen arranca de más atrás en el tiempo. Podemos decir que hay dos etapas previas a su formación.

La primera etapa va desde la apertura de la Universidad de Chile en 1842 y hasta 1902 en que su estudio se hacía en la cátedra de derecho canónico, servida sucesivamente por los maestros Sres. Crescente Errázuriz, Juan Escobar, Manuel Egidio Ballesteros y José Eduardo Fabres. En este período, la Universidad es una suerte de academia que exige discursos de ingreso a los profesores de sus diversas facultades. Así, encontramos en 1848 el trabajo de don José Hipólito Salas sobre «El trabajo personal de los indígenas y su abolición», de sólida erudición. Al año siguiente aparece la «Memoria histórico-crítica del derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días», de Ramón Briseño, donde se estudia la génesis, vicisitudes y muerte de los diversos textos constitucionales que rigieron el país hasta 1833. La Universidad instituyó también premios para diversas obras históricas. En 1749 fue premiada por la Fa-

cultad de Teología la «Historia eclesiástica, política y literaria de Chile», de monseñor José Ignacio Víctor Eyzaguirre, que trae interesantes aportaciones a la historia del derecho nacional. En el campo del derecho canónico fueron valiosas las obras de Justo Donoso: *Instituciones de derecho canónico americano* (1861), *Diccionario teológico, canónico, jurídico, litúrgico, bíblico, etc.* (1855-56), y *Manual del párroco americano* (1844); también la de Zoilo Villalón titulada *Tratado teológico-jurídico de la justicia, o sea, concordancia del derecho chileno con la teología moral en materia de justicia* (1871); la de Lorenzo Robles, *Concordancia de la teología moral con el Código Civil chileno en los tratados de justicia, derecho y contratos* (1864), y más modernamente, Carlos Silva Cotapos con su *Historia eclesiástica de Chile* (1925), en que aporta información muy útil, en especial sobre el real patronato. Corresponden a esta época los trabajos de Melchor Concha y Toro y Federico Errázuriz Zañartu, y, asimismo, aportan material histórico-jurídico las obras de Diego Barros Arana, Benjamín Vicuña Mackenna, Crescente Errázuriz, Miguel Luis y Gregorio Víctor Eyzaguirre, Enrique Cood y E. C. Latorre.

También deben tenerse en cuenta en este primer período precursor de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, algunas fuentes impresas importantes como la *Colección de documentos inéditos para la historia de Chile desde el viaje de Magallanes hasta la Batalla de Maipo*, cuyo primer volumen publicó don José Toribio Medina en 1888. También la *Colección de Historiadores de Chile y de documentos relativos a la historia nacional*, que empezó a ser publicada en 1861. En esta última colección están incluidas las Actas del Cabildo de Santiago, cuya completa publicación se ha debido, en gran medida, a una iniciativa de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía. También cabe mencionar la *Colección de documentos históricos del Archivo del Arzobispado de Santiago*, la *Colección de historiadores y de documentos relativos a la Independencia de Chile*, con 51 volúmenes publicados a partir de 1900, y las *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile. 1811 a 1845*, en 37 volúmenes publicados por don Valentín Letelier entre 1887 y 1908. Cabe agregar la *Colección de las leyes y decretos de gobierno desde 1810 hasta 1823*, de Cristóbal Valdés (1846), *El Boletín de las Leyes reducido a las disposiciones vigentes y de interés general*, de Ignacio Zenteno (1861), y algunos trabajos de José Bernardo Lira, Ramón Anguita, Aníbal Echeverría y otros.

La segunda etapa va desde 1902, con la creación de la cátedra de historia general del derecho, hasta 1930. El nacimiento de esta cátedra obedeció a la preocupación de diversos hombres de la Universidad que reaccionaron frente a la enseñanza excesivamente profesionalista y exegética que caracterizaba a la docencia jurídica. Dos nombres deben ser particularmente destacados al respecto: don Valentín Letelier y don Alejandro Álvarez.

Letelier, durante su estancia en Alemania como secretario de la legación chilena, se dedicó a estudiar ciencias sociales y resultó muy influido por el pensamiento de Augusto Comte y por las ideas evolucionistas. Fruto de estos estudios fue su libro *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del derecho público* (Buenos Aires, 1917). En lo que toca a la historia, el autor cita a Appleton, según el cual «aquéllos que no han estudiado la historia de las legislaciones no pueden comprender con facilidad cómo es que el método deductivo aplicado al derecho garantiza eficazmente la propiedad, la libertad y la vida misma...». Para Letelier la historia del derecho era una ciencia que podía derivar las constantes en la variación de las instituciones jurídicas de los diversos pueblos, para construir, a su vez, leyes de la evolución de la humanidad en cada materia. Por ello, en su concepto, podía estudiarse la evolución del matrimonio, del Estado, del proceso, etcétera, desde que aparecieron en la humanidad hasta su estado presente. En 1887, va a iniciar una campaña periodística destinada a promover un cambio en los estudios de derecho <sup>13</sup>.

Alejandro Álvarez, profesor entonces de derecho civil, que habría de ser más tarde un brillante internacionalista, pronunció el 3 de julio de 1901, en el Ateneo de Santiago, una magistral conferencia en la que planteaba la necesidad de modificar los planes de estudio de la carrera de derecho. Según él, más que formar abogados, la Universidad debía formar hombres cultos jurídicamente, que manejaran los principios históricos, filosóficos y el derecho comparado. En consecuencia, había que incluir ramos como historia general del derecho, historia constitucional de otros países, historia de las doctrinas políticas, económicas y sociales, etcétera.

---

<sup>13</sup> Valentín LETELIER, *Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales, estudio de sociología jurídica*, Santiago - Buenos Aires, 1919.

El Consejo de Instrucción Pública aprobó un nuevo plan de estudios en 1902, dando nacimiento al ramo de historia general del derecho. Valentín Letelier redactó el programa de la nueva asignatura, pero el titular de la cátedra Pbro. don José Eduardo Fabres continuó enseñando derecho canónico, como si nada hubiese cambiado.

Arturo San Cristóbal sucedió a Fabre, se ajustó al nuevo programa y escribió un texto que fue publicado en 1916. Fue sucedido en 1918 por Juan Antonio Iribarren, quien ejerció su cátedra hasta 1954 y también escribió un texto acorde con las enseñanzas de Letelier.

En 1931, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se crea una segunda cátedra de historia general del derecho que detenta por veinte años el profesor Aníbal Bascuñán, doctorado en España. Recién llegado de regreso a Chile fue nombrado director del Seminario de Derecho Público. En 1932 la asignatura pasa a llamarse de historia del derecho. La primera cátedra la ejercen, entre ese año y 1970, los señores Juan Antonio Iribarren y Jaime Eyzaguirre; mientras que la segunda la sirven Aníbal Bascuñán Valdés y Manuel Salvat Monguillot. En 1942 se crea una tercera cátedra a cargo de Carlos Hamilton, al que sucede en 1949 el profesor Alamiro de Ávila Martel. A Eyzaguirre lo sucedió Bernardino Bravo, a Manuel Salvat lo sucedí yo y a Alamiro de Ávila lo sucedió Antonio Dougnac. Después, se han creado otras cátedras a cargo de Angélica Figueroa, Norma Mobarec, Víctor Mucarker, Javier Barrientos y Carlos Salinas.

El Prof. Aníbal Bascuñán Valdés, a cargo del Seminario de Derecho Público, publica la revista especializada Boletín de Derecho Público, antecesora de la Revista Chilena de Historia del Derecho que, dirigida por Alamiro de Ávila Martel, apareció en 1959 y va hoy por su número 17.

Prueba de la potencia germinante de las ideas de Bascuñán y de sus colaboradores fueron las memorias elaboradas por alumnos que postulaban al grado de licenciados en derecho y ciencias sociales. Cabe mencionar algunas, como «El Cabildo en Chile colonial», de Julio Alemparte; «Historia del salario indígena en el período colonial de Chile», de Guido Zolezzi; «Esquema de la justicia colonial», de Enrique Zorrilla Concha; «El derecho penal militar indiano», de Elena Madrid; «El derecho procesal indiano», de J. Corvalán y V. Castillo; «La Academia de Leyes y Práctica Forense», de Hernán Espinosa; «El Cabildo de Santiago en el siglo XVI» de Fernando de Toro; «Historia de las polémicas de Indias en Chile durante el siglo XVI» y otras.

La semilla sembrada por Bascuñán en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile fue llevada por Eyzaguirre a la Pontificia Universidad Católica de Chile y allí se destacaron entre sus seguidores Gonzalo Vial, Javier González, Fernando Silva, Bernardino Bravo y otros. También allí hubo memorias de prueba de verdadero mérito.

Alamiro de Ávila nos ha dejado una viva semblanza de su maestro Aníbal Bascuñán Valdés, al que califica como fundador indiscutido de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho. Nos dice haberlo conocido en 1936, siendo su alumno. Bascuñán había estudiado en España con los más notables profesores, todos ellos discípulos del gran Eduardo de Hinojosa que había puesto la ciencia histórico-jurídica española en un lugar prominente en Europa. Entre estos maestros se contaba Galo Sánchez, gran especialista en fuentes medievales, Claudio Sánchez Albornoz, rector universitario y máximo medievalista, pero, muy en particular, Rafael Altamira, quien lo introdujo en el conocimiento del derecho indiano que, fuera de su contenido nuevo, creado por la circunstancia americana, se integraba con los sistemas jurídicos castellano e indígena. Bascuñán hizo con Altamira su tesis de grado sobre el Imperio de los Incas <sup>14</sup>.

Dice Alamiro de Ávila que, en forma paralela a la labor de Altamira en España, en América, el argentino Ricardo Levene había echado las bases de una concepción moderna de la historia del derecho indiano. Altamira recomendó a Bascuñán la lectura del libro de Levene titulado *Introducción a la historia del derecho indiano*, publicado en Buenos Aires en 1924, con la recomendación de que lo estudiara de una manera especial. Años más tarde, agrega, correspondió a Aníbal Bascuñán recibir a Levene en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile como miembro honorario, y lo calificó como «*patriarca de la gran familia de los historiadores juristas de América*». La relación constante de Bascuñán y de los demás especialistas chilenos con el maestro Levene significó un constante estímulo para el estudio y la investigación y, sin

---

<sup>14</sup> Alamiro DE ÁVILA MARTEL, «Recuerdo de mi maestro Aníbal Bascuñán Valdés, fundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social: Estudios en memoria de Aníbal Bascuñán Valdés*, N° 7, Valparaíso, 1989.

duda, contribuyó en fuerte medida a la consolidación de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho.

Parece justo reconocer que Alamiro de Ávila Martel tiene la calidad de cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, calificativo que le dio Antonio Dougnac en su discurso en la solemne sesión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de 31 de octubre de 1989, en la que fue recibido como profesor emérito, teniendo en cuenta su prolongada labor docente, la importancia de sus estudios histórico-jurídicos y la resonancia de su acción en el campo internacional <sup>15</sup>.

Ya acercándome al final de esta exposición, creo indispensable mencionar que, en 1966, y en ocasión de celebrarse en Buenos Aires el IV Congreso Internacional de Historia de América, los historiadores del derecho que allí estábamos nos reunimos el 11 de octubre, y echamos las bases del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, cuya dirección confiamos a un triunvirato compuesto por Alamiro de Ávila Martel, Ricardo Zorraquín Becú y Alfonso García Gallo, un chileno, un argentino y un español. De los 21 miembros fundadores, cinco éramos chilenos, otros cinco españoles y siete argentinos, más un norteamericano, un peruano, un paraguayo y un mexicano. Ello era bien demostrativo de los lugares en que había un mayor número de especialistas y para los chilenos significó un gran reconocimiento, ya que ponía a los discípulos de Aníbal Bascuñán a la altura de los de Levene y Altamira. Desde ese momento, puede decirse que tomamos conciencia de la existencia de una verdadera Escuela Chilena de Historiadores del Derecho, y fue tal nuestro entusiasmo que, de inmediato, ofrecimos que la segunda reunión del naciente Instituto se realizara en nuestro país.

Me correspondió integrar la Comisión Organizadora de aquel Segundo Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que tuvo lugar en Santiago entre el 29 de septiembre y el 3 de octubre de 1969. Creo que en esa ocasión quedó consolidada la Escuela Chilena de la especialidad, pues se invitó a importantes historiadores na-

---

<sup>15</sup> Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, «Alamiro de Ávila Martel, cofundador de la Escuela Chilena de Historiadores del Derecho», discurso académico pronunciado en el acto en que la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 31 de octubre de 1989, recibió como profesor emérito a don Alamiro de Ávila Martel, Santiago, 1990.

cionales que habían hecho aportes al tema, como Ricardo Donoso, Néstor Meza, Sergio Villalobos, Juan de Luigi, Javier González y otros. Además, se presentaron a la palestra internacional estudiosos procedentes de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica, de la Universidad de Concepción, de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía y de la Academia Chilena de la Historia.

Con posterioridad, se han llevado a efecto numerosos congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, en diversos países, con creciente participación de especialistas chilenos y de otras nacionalidades. Se ha creado el Instituto Chileno de Historia del Derecho y Derecho Romano, el Instituto Juan de Solórzano Pereira, de Historia del Derecho Privado, se han celebrado diversos congresos de estas disciplinas, a nivel nacional, y han aparecido nuevas publicaciones como la revista de estudios histórico-jurídicos de las Universidades Católicas de Valparaíso y Concepción.

Chile se encuentra en excepcionales condiciones para realizar investigaciones en esta área. Siendo las fuentes del derecho indiano prevalentemente de carácter hispanoamericano, los archivos documentales que mi país conserva en excelentes condiciones, desde el siglo XVI hasta nuestros días, son rica cantera para extraer valiosa información. No sólo resultan útiles los papeles de gobierno y de justicia, sino también los notariales y parroquiales, los cuales han sido objeto de exhaustivos exámenes por docentes y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cuna y centro de la escuela historiográfica en cuestión. Entre estos trabajos se cuenta la formación de un cederario chileno y el ambicioso plan general de investigación acerca de la vida jurídica práctica en el siglo XVIII, en que bajo mi guía han trabajado 250 alumnos memoristas, entre 1967 y 1995. Esta última investigación se ha extendido al siglo XIX, bajo la dirección del profesor Dougnac <sup>16</sup>.

En otros términos, la Escuela Chilena de Historia del Derecho es hoy una realidad insoslayable, la semilla sembrada por Bascuñán y Alamiro de Ávila ha germinado en muchos de sus discípulos y en los discípulos de

---

<sup>16</sup> Sergio MARTÍNEZ BAEZA, «Plan de Investigación en los Archivos de Escribanos del Reino de Chile», en Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 7, Santiago, 1978.

estos últimos, asegurando su vitalidad y permanencia en el tiempo. El grupo chileno de especialistas ha realizado y realiza una obra sólida y abundante que trasciende las fronteras nacionales y que ha alcanzado el reconocimiento internacional.

No decirlo sería faltar a la verdad. Abundar demasiado en ello sería faltar a la modestia. Por eso, pongo punto final a mi disertación.

Muchas gracias.



# EL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

por JAIME LLUIS Y NAVAS \*

**SUMARIO:** I. Indicaciones generales. 1. Génesis histórica y razón de ser. 2. Características. II. Sistema de fuentes. 1. Los tratados. 2. Los reglamentos comunitarios. 3. Las directivas. 4. Los reglamentos de régimen interior. 5. Las recomendaciones. 6. Convenios internos. 7. Las decisiones. 8. Fuentes subsidiarias. III. Organización política. 1. Presidencia. 2. El Consejo Europeo (Consejo de la Unión Europea). 3. El Consejo de Ministros. 4. La Comisión. 5. El Parlamento. 6. Tribunales. 7. Tribunal de Cuentas. 8. Organismos complementarios. IV. El ámbito europeo. 1. Indicación previa. 2. Diversidad de grados de vinculación. 3. Agrupaciones de derecho privado.

## I. Indicaciones generales

### *1. Génesis histórica y razón de ser*

En una apretada síntesis de la historia advertiremos que Europa, o más exactamente los Estados europeos desunidos, han ejercido en su conjunto la hegemonía mundial, cuando menos en los siglos XVI y XVII. Esta situación empieza a cambiar a fines del siglo XVIII e inicios del XIX con la independencia de los Estados Unidos primero y de los virreinos hispano-portugueses después. No obstante, la decadencia europea no fue inmediatamente perceptible al continuar la expansión francesa e inglesa en África, Oceanía y parte de Asia. Con todo, la crisis de la hegemonía europea se anuncia en la Primera Guerra Mundial y se consagra en la Segunda, sobre todo cuando, en el periodo 1945-1960, los Estados

---

\* Académico correspondiente en España

Unidos y la URSS imponen la descolonización. Paralelamente, en la primera mitad del siglo XX, aparecen o se consagran grandes potencias extraeuropeas: China, Japón, sobre todo los Estados Unidos y en cierto sentido la Unión Rusa <sup>1</sup>.

El cambio de situación ya fue advertido por algunas minorías durante la entreguerra 1918-1939; el conde Coudenove-Kalergi propugnó la constitución de un movimiento político paneuropeo y el político francés Briand formuló un proyecto de Unión Europea, Ambos intentos resultaron prematuros y fracasaron. En cambio, durante la Segunda Guerra Mundial, en plena contienda, la conveniencia de una futura Unión fue advertida tanto por la propaganda alemana como por algunos políticos ingleses y franceses. Esta corriente de opinión se incrementó tras el fin de la contienda, entre otras razones por el miedo a una invasión rusa. Con todo no fue una solución unánimemente admitida. Podemos sintetizar las muy variadas posturas ante una eventual unión, del siguiente modo:

a) Partidarios incondicionales de la Unión, a los que podríamos llamar europeístas radicales y que parten de la idea de que todo sentimiento nacionalista ha de ser abandonado.

b) Enemigos decididos de la Unión, propugnando la subsistencia de Estados nacionales independientes, o sea *nacionalistas radicales*.

c) Partidarios templados de la Unión. Quizá estos últimos sean los más numerosos, aun cuando faltan encuestas serias que lo confirmen. En todo caso no constituyen un grupo homogéneo, pues las razones de sus reservas frente a Europa son muy variadas, principalmente las siguientes: 1º) deseosos de disponer de una zona económica de libre cambio, de un mercado sin vínculos políticos (esta postura es frecuente entre los ingleses deseosos de preservar la independencia insular pero manteniendo abiertas las salidas para sus productos industriales); 2º) partidarios de una difícil, cuando no vaga comunidad política sin perjuicio de la primacía de las naciones integradas en la comunidad (la Europa de las Patrias del general De Gaulle); 3º) los que pudiéramos llamar *europeístas desconfiados*, cuya postura es ambivalente pues a la vez que desean llegar a una confederación sólida, temen que de no hacerlo sin garantías, la hegemonía de otro Estado comunitario pueda redundar

---

<sup>1</sup> Se podría señalar una relación de autores de las edades Media y Moderna vagamente inclinados por federaciones de reinos, más o menos europeas. Díez Moreno

en perjuicio del propio; 4º) los calificables de *cuasi escépticos técnicos* que, siendo partidarios de la unión, hacen hincapié en las dificultades técnicas derivadas del paso de las competencias y estructuras estatales a las colectivas y desean obrar lentamente para evitar los inconvenientes derivados de los cambios bruscos.

Estas tendencias no se corresponden con los partidos políticos clásicos. Por ello, en todos o en casi todos los partidos políticos de cada país europeo (de los ingresados en la Comunidad y de los que permanecen al margen) militan partidarios de todas las corrientes arriba sintetizadas. Este panorama contribuye a explicar el proceso formativo de la Comunidad y el grado de desarrollo actualmente alcanzado.

## 2. Características

A. *Naturaleza confederal.* A falta de otra expresión consagrada y quizá más precisa, recurrimos al término «confederal» tomado de los tratadistas alemanes de fines del siglo XIX y principios del XX, cuando señalaban que el Imperio bismarckiano era un Estado federal (*Bundesstaat*), a diferencia de la Confederación Germánica de 1815 que era precisamente una Confederación de Estados (*Staatenbund*).

Lo calificamos de derecho confederal por cuanto constituye una categoría intermedia entre el derecho internacional público (que contempla relaciones de teórica igualdad entre Estados soberanos que pactan mediante tratados) y el derecho interno (emanado del órgano soberano

---

invoca los nombre de F. Dubois, jurista de Felipe el Hermoso de Francia, Podiebrando rey de Bohemia, Erasmo, Crucé, Enrique IV de Francia, Guillermo Penn, Leibniz, el Abad de S. Pierre, Rousseau, Kant, Saint Simon, Proudhon y Víctor Hugo; y ya en el siglo XX, de Ortega y Gasset y Diez del Corral. Pero parece pasar por alto que, salvo quizá los dos últimos que ya pertenecen a este siglo, se trata de sugerencias de pensadores individuales, que exponen opiniones personales y en aquellos momentos puramente utópicas. Incluso se podría citar algún otro autor igualmente apartado de propósitos de plasmar sus vagas sugerencias en soluciones efectivas. Véase Fernando DIEZ MORENO, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, págs. 24-27. Sobre las repercusiones jurídicas del fenómeno de decadencia europea y la raíz de ésta, Jaime LLUIS Y NAVAS, «Decadencia y derecho social», *Revista Técnico Laboral* N° 85, 2000, pág. 437 y ss..

del correspondiente Estado). El derecho comunitario, en efecto, contiene elementos y fuentes de derecho internacional (como los tratados que estudiaremos al enumerar sus fuentes) y fuentes jurídicas propias del régimen interno de cada país, constitutivas de lo que en lenguaje comunitario se denomina derecho derivado. En todo caso, la Unión -es decir sus órganos- ejerce facultades soberanas en las parcelas de competencia comunitaria. Es cuestión polémica si esta asunción de facultades deriva de una cesión parcial de soberanía o de una delegación de ella. Personalmente creemos estar ante una delegación. La diferencia teórica es importante pues en un caso, un Estado descontento de pertenecer a la Comunidad podría retirar la delegación y apartarse de ella; y en caso de cesión no podría hacerlo. Con todo, sospechamos que en la práctica el problema es intrascendente pues los ligámenes originados por la pertenencia a la Comunidad hacen que sea una situación aparentemente irreversible.

*B. Novedad y originalidad.* Pese a que se han aducido precedentes más o menos dudosos como el Imperio Romano y los de Carlomagno y Napoleón, la Unión Europea en la forma actual constituye una novedad. Su génesis y desarrollo presenta asimismo problemas nuevos. De ahí que las soluciones tanto normativas como organizativas presenten muchas novedades, como por ejemplo la figura de las directivas, la forma de distribución por Estados de los integrantes de los órganos colegiados, etc.).

*C. Entidad económica de finalidad política.* Desde sus orígenes, la Unión Europea ha nacido y se ha desarrollado como una organización económica con vocación de comunidad política. Entre otras consecuencias, esta condición ha dado lugar a una imprecisión del contorno de sus atribuciones e incluso de su organización. Como veremos, el Consejo Europeo es típico de una situación en que las atribuciones políticas rebasan el marco estrictamente económico, pero son muy inferiores a las requeridas para asegurar la unidad de acción en política internacional y para asegurar una efectiva comunidad de defensa. De ahí la subsistencia de organismos internacionales como la OTAN con presencia de la mayoría de los Estados comunitarios (Irlanda siempre se ha resistido a integrarse en la llamada Alianza Atlántica) pese a que dista mucho de ser evidente el interés de los países europeos por la subsistencia de aquella organización,

*D. Sistema en fase de expansión y desarrollo.* La constitución misma de la Unión se inicia partiendo de la idea de una doble futura ampliación: ampliación de miembros (originariamente sólo seis) y ampliación de funciones y competencias (inicialmente limitadas al carbón y al acero). En el fondo, el propósito de proceder a futuras ampliaciones obedece a la idea inicial de que la Unión era a la vez necesaria y difícil y por tal razón habría de lograrse por etapas. Ello tendrá otra característica derivada que es la considerable *movilidad*, dinamismo si se prefiere, del ordenamiento comunitario<sup>2</sup>.

Para mayor precisión podemos señalar *dos causas o raíces del proceso expansivo del derecho comunitario en la actual fase histórica*: el estadio formativo y lo que podríamos llamar «efecto cereza». De suyo, que el desarrollo y consiguiente dinamismo del derecho comunitario es propio de su estadio formativo, no parece exigir más justificaciones. Sí en cambio, hemos de precisar el llamado efecto cereza. Cuando un recipiente contiene varias cerezas, si cogemos una, su rabo se enreda con el de otra y salen ambas, pero a su vez éste se enreda con una tercera y así sucesivamente por lo que acabamos tirando de un conjunto importante de cerezas. Algo semejante sucede con el derecho comunitario. Por ejemplo, se pensó inicialmente en constituir una *Unión Aduanera* (recordando el proceso en el siglo XIX de desarrollo de la unión alemana), pronto se advirtió que tras el viernes negro de 1929, incluso los sistemas más liberales tienen instrumentos de intervención económica. De ahí que de la idea de unión aduanera se pasara a la de *mercado común*. A su vez el mercado común pide *libre competencia interior* y el principio de libre competencia lleva al de *libre circulación de los trabajadores* en el seno de la unión (a fin de evitar que este factor de la producción acuse costos muy distintos de un Estado-miembro a otro). Pero la libre circulación pide la *libertad de establecimiento* (y por lo tanto la regulación no sólo de los pasaportes, sino también del derecho de domicialización); a su vez la libre circulación *se extiende a los familiares directos* (esposa,

---

<sup>2</sup> La extrema «movilidad» de los sistemas jurídicos es propia de todos los que atraviesan un estadio formativo. De ahí que también la acusara por ejemplo, en casi todos los países, el derecho laboral de los siglos XIX y XX, como destacara Aguinaga. Vease A. DE AGUINAGA TELLERIA, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1952, pág. 48 y ss..

hijos) a fin de que razones familiares no frenen la circulación. Pero también se vería limitada de no extenderse de un país a otro los *derechos adquiridos en materia de seguridad social* (lo que se ha resuelto mediante el extenso Reglamento 1408/71).

*E. Lentitud de desarrollo.* Los primeros pasos hacia la Unión Europea se inician en 1948 (comunidad de defensa) y en 1951 (Comunidad del Carbón y del Acero). Al morir el siglo XX, es decir, medio siglo más tarde, aún no está constituida una federación político-militar efectiva, pero se ha avanzado algo en ese sentido. Medio siglo es muy poco tiempo en la historia de la humanidad, pero mucho en el desarrollo de una agrupación política. En todo caso, la lentitud de desarrollo corresponde a la dualidad de fuerzas que operan, pues mientras unas propugnan la unión (y hacen que avance), las que se oponen la frenan (y dan lugar a la lentitud del desarrollo).

*F. Sistema de equilibrios.* En último término, es otro efecto de las tendencias concurrentes que llevan a buscar equilibrios entre todas ellas. Este rasgo tiene muy diversas e importantes manifestaciones, por ejemplo en el sistema calificable de menos que proporcional que referimos al tratar de la composición del Parlamento y de otras instituciones, así como en la pluralidad de capitales sede de los diversos órganos colectivos<sup>3</sup>.

## II. Sistema de fuentes

La Unión Europea, sin ser propiamente un Estado clásico, tiene en común con los Estados confederales la condición de organización política que asume determinadas funciones antaño ejercitadas por los gobiernos

---

<sup>3</sup> La Comisión y su máquina burocrática (Direcciones Generales) radica en Bruselas, el Parlamento en Estrasburgo. Los tribunales comunitarios (de Justicia y de Cuentas) tienen su sede en Luxemburgo, el Banco Central Europeo en Frankfurt, etc.. Lo más parecido a una capital es Bruselas pues, al residir allí la Comisión, tienden a residir también las representaciones diplomáticas ante la Comunidad.

estatales. Esta condición se refleja tanto en su estructura orgánica como en el sistema y jerarquía de fuentes legales <sup>4</sup>.

### 1. *Los tratados*

A. *Naturaleza y caracteres.* Hemos de señalar los siguientes, a la vez jurídicos y políticos:

a) Formalmente tienen *naturaleza de pactos internacionales* clásicos (acuerdos entre Estados) y asimismo se elaboran y modifican siguiendo la técnica ordinariamente seguida para alcanzar acuerdos internacionales. Por lo tanto su modificación requiere unanimidad entre los Estados-miembros, lo que en ocasiones presenta dificultades.

b) En cambio, sustantivamente su *contenido* es doble: el propio de las constituciones políticas y otra función que, a falta de mejor término, denominaremos reguladora de las condiciones de vinculación de los Estados-miembros a la Comunidad europea.

Los tratados ejercen la *función constitucional* en el doble sentido de norma de superior rango en el seno de la Comunidad (jerarquía constitucional) y de ordenador de la organización política de la Unión (función constitucional). Por ejemplo, los tratados fijan la composición y atribuciones del Parlamento comunitario, las de la Comisión ejecutiva o del Tribunal de Justicia de la Unión, etc..

La que hemos dado en llamar *función reguladora de las condiciones de vinculación* (el término es nuestro, no lo consideramos demasiado feliz, pero lo escogemos a falta de otro mejor), integrada por un conjunto de

---

<sup>4</sup> La doctrina distingue entre lo que se denomina *derecho originario* (los tratados, acordados directamente por los Estados y los Protocolos de desarrollo de extremos de los Tratados) y el llamado *derecho derivado* (reglamentos, directivas, es decir la normativa elaborada y promulgada por los organismos comunitarios). Esta dualidad la consideramos propia del carácter confederal de la Unión, o sea de un sistema en que los Estados no han renunciado a la soberanía (de ahí la necesidad de acordar el derecho originario pero delegar facultades inherentes a la misma, (de ahí que los órganos comunitarios promulguen las normas de derecho derivado).

reglas muy variadas y en ocasiones casuísticas que fijan las reglas y condiciones de relación entre los Estados-miembros (a veces alcanzan sólo a uno de ellos) y la de todos ellos respecto de la Comunidad.

*B. Relación de los tratados básicos.* La historia de los tratados es en gran medida la historia del desarrollo comunitario. Los tratados pueden clasificarse en tres grandes grupos:

a) Los tratados *constitutivos* de las tres comunidades originarias que son el de París de 1951, constitutivo de la Comunidad del Carbón y el acero (CECA) y los de Roma de 1958, constitutivos de las comunidades atómica y económica general. La razón de la constitución originaria de tres comunidades radicó en las dificultades mismas de su establecimiento. De ahí que la primera se limitara al carbón y el acero; y que las otras dos se fundaran simultáneamente pero como comunidades diferenciadas, lo que permitió establecer vínculos más exigentes en una materia limitada como la atómica. Pero estas tres comunidades fueron integradas por los mismos Estados (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo) lo que redujo la necesidad de disponer de tres organizaciones diferenciadas.

b) Los tratados de *adhesión* se han formulado con los grupos de Estados que sucesivamente se han incorporado a la Comunidad: 1º Inglaterra juntamente con Irlanda y Dinamarca (1972), 2º Grecia (1979); 3º España y Portugal (1985) y 4º Austria, Finlandia y Suecia (1994). Es de advertir que Noruega negoció su incorporación a raíz del primer y del cuarto tratados (en que participaban otros Estados nórdicos cual Dinamarca, Suecia y Finlandia), pero en ambas ocasiones el ingreso de Noruega se sometió a plebiscito con resultado negativo. En el primer tratado, Irlanda y Dinamarca probablemente ingresaron casi forzados por la adhesión inglesa ya que la Gran Bretaña es el principal consumidor de sus productos. Irlanda se ha beneficiado considerablemente de su pertenencia a la Comunidad. No lo entienden así los daneses lo que ha originado dificultades, sobre todo en relación con el Tratado de Maastricht a que ahora nos referiremos.

Los tratados de adhesión contienen dos grandes bloques de normas: las dirigidas a *reestructurar los organismos comunitarios* en función de los nuevos miembros (composición del Parlamento, de la Comisión los tribunales y los consejos y comités) y los dirigidos a *coordinar las eco-*

*nomías* de los nuevos miembros con la de los antiguos (fechas del desarme aduanero, etc.). Estas últimas suelen ser muy complicadas.

c) Los tratados de *modificación o revisión* de los pactos precedentes se dirigen en principio a incrementar los vínculos comunitarios. Los principales son: 1º) El Tratado de *unificación de instituciones* (Bruselas, 1965) unificó las instituciones básicas de las tres comunidades (Parlamento, Tribunal de Justicia, Consejo de Ministros y Comisión Ejecutiva) con todo y mantener la distinta personalidad jurídica de las tres y los distintos vínculos en las tres esferas (siderurgia, energía atómica y economía general); 2º) La llamada *Acta Única* (Luxemburgo y La Haya, 1986), además de desarrollar la organización común (creación del Tribunal de Primera Instancia, reconocimiento del Consejo europeo a que luego nos referimos) redujo los supuestos en que en el Consejo de Ministros se precisaba unanimidad; aun cuando ello podría discutirse, entendemos que, a partir del Acta Única, existe una sola Comunidad; 3º) El Tratado de *Unión Europea* (Maastricht, 1992) decidió transformar la comunidad económica en una Unión política aun cuando no fue plenamente consecuente con ese propósito por las grandes divergencias (reticencias de Inglaterra y Dinamarca) entre los Estados pactantes. Anunciaba la moneda única, establecía una ciudadanía común (derecho de voto de todo ciudadano europeo en el país de residencia, si se trata de elecciones municipales o al Parlamento europeo), etc.<sup>5</sup>

El Tratado de Maastricht obligó a la revisión constitucional en España y Portugal; Alemania evitó la reforma constitucional mediante un dictamen interesado de su Tribunal Constitucional; Francia e Irlanda, además de introducir sendas reformas constitucionales hubieron de someterla a *referendum* (el resultado fue holgado a favor del Tratado en Irlanda, pero estrecho en Francia); Dinamarca también lo sometió a plebiscito arrojando un resultado negativo con estrecho margen (46.000 de mayoría del no), lo que obligó al Consejo Europeo, a hacer una declaración sobre

---

<sup>5</sup> Hemos consignado las fechas de los tratados para que el lector pueda advertir que los de desarrollo territorial (adhesiones) y los de desarrollo funcional se entrecruzan en el tiempo, pues el orden cronológico es: 1965 (unificación de instituciones), 1972 (primera ampliación), 1979 (segunda ampliación), 1985 (tercera ampliación), 1986 (acta única), 1992 (tratado de Unión), 1994 (cuarta ampliación).

el alcance del Tratado para el Reino nórdico y con esa salvedad un segundo plebiscito lo aprobó por una mayoría de un escaso 57%. Los demás países lo aprobaron por trámites parlamentarios normales, en general reñidos; pero Inglaterra aprobó el Tratado sin aprobar entonces un protocolo adjunto, lo que suponía en los casos inglés y danés una aprobación parcial de los efectos del Tratado <sup>6</sup>.

## 2. *Los reglamentos comunitarios*

El nombre de esta figura es equívoco pues no corresponde a los reglamentos administrativos que suele conocer el derecho interno de los Estados, sino a las *leyes en sentido material*. En efecto, constituyen disposiciones obligatorias, generales y abstractas, y *directamente aplicables*. Por el hecho de su publicación en el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas) *obliga a todos los ciudadanos comunitarios* así como a sus administraciones públicas y jueces; y por tanto los litigantes pueden invocarlas ante los tribunales. No requieren publicación en los boletines oficiales nacionales (ni lo ve con buenos ojos ya que ello podría constituir un condicionamiento nacional a su vigencia). La vacación ordinaria es de veinte días (en ello concuerda con el Código Civil español). El Tribunal de Justicia de la Comunidad, en un litigio que afectó a Italia, estableció que en las materias de competencia comunitaria, la prioridad del derecho europeo sobre los ordenamientos nacionales es absoluta y por lo tanto queda por *encima de las constituciones nacionales*.

## 3. *Las directivas*

La figura de las directivas constituye en ejemplo típico de las particularidades del sistema jurídico comunitario, derivada a su vez de las

---

<sup>6</sup> Los protocolos constituyen pactos de desarrollo de puntos concretos de los tratados, y por lo tanto los complementan. Véanse FRANCISCO FONSECA y J. MARTIN BURGOS, «La Unión Europea, Génesis de Maastrich», Revista de Instituciones Europeas, N° 19, 1992, pág. 517 y ss..

dificultades para establecer una relación directamente aplicable a países con tradiciones y sistemas jurídicos muy variados. Cuando la Unión tiene una finalidad común, es decir desea alcanzar determinado resultado pero las dificultades de redactar un reglamento común son excesivas, dicta una directiva que tiene las siguientes características:

a) Las directivas también tienen fuerza de obligar.

b) El obligado directo no son los tribunales y ciudadanos nacionales, sino *los gobiernos* que han de dictar una norma interna dirigida a alcanzar los objetivos de la directiva.

c) El plazo para adaptar el derecho interno a la directiva varía considerablemente en cada caso; muy aproximadamente oscila entre seis meses y dos años; en ocasiones puede ser distinto para algún Estado determinado.

d) Si la normativa de un Estado determinado ya satisface la exigencia de la directiva, ese Estado no precisa dictar una nueva disposición de cumplimiento. Por ejemplo, una directiva prohíbe la discriminación de la mujer en materia salarial. España no precisó dictar norma de cumplimiento pues el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (y por tanto anterior al ingreso de España en la Comunidad que tuvo lugar en 1985/86) prohibía en general la discriminación de la mujer en materia laboral (o sea contenía una norma más amplia que la comunitaria).

e) El Tribunal Comunitario ha ampliado el efecto de las directivas al sustentar que desde el momento en que el derecho interno se dirige a cumplirlas, éste ha de ser interpretado según pide la directiva, es decir han pasado a ser adicionalmente *regla de interpretación* de la normativa nacional que las aplica.

Las directivas plantean el problema del *incumplimiento por parte de Estados determinados de la obligación de dictar norma nacional de desarrollo*. A tal efecto la jurisprudencia comunitaria ha sentado estas reglas: 1º) Si una directiva es lo suficientemente precisa para permitir su aplicación directa, una vez vencido el plazo de vacación, es directamente aplicable cual si fuera un reglamento (la concreción de las directivas varía mucho de una a otra); 2º) De no ser así el Estado incumplidor puede ser llevado ante el Tribunal Comunitario, sea por la Comisión sea por otro Estado, actuando estos por propia iniciativa o por denuncia de los particulares; 3º) En los supuestos dudosos los tribunales nacionales pueden plantear cuestión prejudicial, es decir dirigirse al Tribunal de las Comunidades para que dicte sentencia interpretativa. Por ejemplo, una di-

rectiva obliga a los Estados a disponer de una institución que garantice ciertos ingresos de los trabajadores en caso de crisis e insolvencia patronal; Italia y Grecia, por carecer de aquélla fueron condenadas a indemnizar con cargo a los fondos generales del Estado; España poseía dicha institución (el Fondo de Garantía Salarial), pero excluía a los altos cargos, de modo que era dudoso que la directiva lo permitiera. La Sala de lo Social de la Antigua Audiencia de Cataluña planteó cuestión prejudicial (caso «Wagner-Miret») y el Tribunal comunitario entendió que el caso era distinto de los de Italia y Grecia por disponer de institución adecuada, que el problema español era de exclusión impropcedente de un sector de ciudadanos debidos amparar, y que correspondía a los tribunales españoles determinar si, ante esa situación, el derecho interno español pide indemnización con cargo al Estado o aplicación extensiva de la cobertura directa del Fondo (a pesar de que, por causa de la norma española de exclusión, el Sr. Wagner Miret no había cotizado en su día al F.G.S.). El resultado fue que inmediatamente el gobierno español modificó la legislación sobre el Fondo.

#### *4. Los reglamentos de régimen interior*

Los tratados y disposiciones que establecen los grandes cuerpos colegiados de la Unión (Parlamento, Comité económico y Social, etc.) les facultan para fijar su reglamento interno. En ello el derecho comunitario no se aleja demasiado de las prácticas nacionales. Estos reglamentos tienen fuerza de obligar, pero limitada a los componentes del respectivo organismo, tanto más cuanto que en general no se trata de instituciones dotadas de poder legislativo *erga omnes*.

#### *5. Las recomendaciones*

Las recomendaciones son precisamente consejos normativos de los órganos de la Comunidad a los Estados-miembros, pero sin fuerza directa de obligar. Por tanto el derecho comunitario derivado conoce esta graduación: reglamentos (fuerza de obligar directa), directivas (fuerza indirecta), recomendaciones (meros consejos y advertencias). Esta gradua-

ción es propia una vez más de las dificultades de coordinar los diversos sistemas legales e intereses de los componentes de la Unión <sup>7</sup>.

Con todo el Tribunal comunitario ha tendido a reforzar el valor de las recomendaciones atribuyéndoles *carácter interpretativo* en dos supuestos: 1º) las recomendaciones interpretan las disposiciones nacionales que aplican una recomendación; 2º) tienen valor interpretativo de los reglamentos y directivas comunitarias cuando acompañan (y en cierto sentido desarrollan) esas normas interpretativas.

## 6. *Convenios internos*

Los convenios internos son acuerdos entre Estados-miembros de la Unión, para desarrollar algún aspecto de la vinculación europea. Tienen, por lo tanto, estas notas: 1º) emanan de los Estados y no de los órganos de gobierno de la Comunidad; 2º) atienden a los vínculos comunitarios y se establecen en el seno de la Unión por lo que Diez Moreno <sup>8</sup> les niega naturaleza de pactos internacionales. En cierto sentido están en este supuesto los acuerdos Schengen a que nos referimos en el apartado IV; lo están en todo caso el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia en materia civil y mercantil, el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable en las obligaciones contractuales, etc..

---

<sup>7</sup> Las recomendaciones permiten a los Estados iniciar la adaptación de su legislación a la futura exigida por la Comunidad, facilitando así la transición de un sistema a otro. Ello es especialmente importante en las materias susceptibles de exigir cambios costosos a las empresas, por ejemplo en prevención de accidentes. Véanse Manuel GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo*, Barcelona, 1996, págs. 449-456.

<sup>8</sup> DIEZ MORENO, ob. cit., págs. 362-364. Lo cierto es que no resulta clara la naturaleza de estos pactos que tienen un elemento común con el derecho originario (son acuerdos entre Estados) y otro con el derivado (se dirigen a desarrollar los fines de la Comunidad en cuyo seno se toman los acuerdos). Como no cabe una calificación mixta (una norma no puede ser a la vez originaria y derivada), nos inclinamos, con ciertas dudas, a compartir la opinión de Diez por una razón que este autor no aduce: si el acuerdo se toma en el seno de la Unión es que, en ese momento, los Estados pactantes están operando como organismos integrados en aquélla y no como soberanos que se reservaron parte de sus facultades.

### 7. *Las decisiones*

Reciben el nombre de decisiones las resoluciones de los órganos administrativos de la Comunidad, principalmente de la Comisión y sus Direcciones Generales, pero también de otros órganos, como las direcciones de los fondos comunitarios. Son por lo tanto actos vinculantes de alcance particular, equivalen a los actos administrativos de la mayoría de los sistemas nacionales modernos.

### 8. *Fuentes subsidiarias*

Con toda su complejidad el derecho comunitario también adolece de vacíos. De ahí el problema de las fuentes subsidiarias.

*A. La costumbre.* Como destacan Plender y Pérez Santos <sup>9</sup>, pese a que un sector importante de los internacionalistas atribuyen gran valor a la costumbre interestatal, en el ámbito comunitario, hasta el presente, es una fuente poco desarrollada, debido sin duda a la novedad relativa que constituye el sistema comunitario.

*B. Los principios generales del derecho.* Los principios, a diferencia de la costumbre, han adquirido especial relevancia a través de la jurisprudencia, pero es preciso distinguir tres fuentes de determinación de éstos:

a) Principios resultantes de los tratados comunitarios, por ejemplo el de libre circulación de trabajadores y mercancías (art. 48 del Tratado de Roma).

b) Los admitidos por todas las legislaciones de los Estados comunitarios, por ejemplo la responsabilidad civil por los daños causados por dolo o culpa.

---

<sup>9</sup> Ricardo PLENDER y J. L. PÉREZ SANTOS, *Introducción al derecho comunitario europeo*, Madrid, 1985, pág. 38.

c) Los deducibles del derecho derivado, por ejemplo un principio de tecnificación en materia de seguridad y salud (normas sobre venta de productos de consumo, sobre manejo de sustancias peligrosas, reglamento comunitario de transportes por carretera, etc.).

d) Algunos autores pretenden ver como igualmente exigibles en materia comunitaria los principios del derecho internacional. Personalmente no creemos que ello sea así por cuanto en ninguna esfera existen principios internacionales emanados de una autoridad competente para imponerlos, y menos para trasvasarlos del ámbito mundial al europeo. Además es peligroso pues estos pretendidos principios internacionales siempre acaban por ser utilizados como excusas para pseudo-justificar los abusos de las superpotencias.

Desde otro punto de vista, los principios comunitarios pueden clasificarse en *económicos* (adopción de la economía de mercado, defensa de la libre competencia, etc.), *políticos* (representatividad de los Estados menos que proporcional respecto de su población, salvaguarda de las nacionalidades de la Comunidad, etc.) y *jurídicos* (principio de seguridad jurídica, etc.).

*C. Jurisprudencia comunitaria.* La doctrina resultante de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad no está formalmente reconocida como fuente jurídica. Menos lo está la del Tribunal de primera instancia. De hecho constituye una fuente importante pues no hay más vía para contradecir a los tribunales que una reforma legislativa. La jurisprudencia ha tenido importancia en el desarrollo del derecho europeo por dos vías: 1º) por su tendencia a la *interpretación extensiva* de las normas comunitarias y 2º) por la *deducción de principios generales* de las fuentes arriba indicadas.

*D. Pactos con terceros.* La Comunidad tiene personalidad jurídica y como tal acuerda pactos, sobre todo en materia económica, con terceros Estados o grupos de Estados.

### III. Organización política

Como veremos seguidamente, el sistema orgánico comunitario se caracteriza por una parte por tener una *complejidad propia de una*

*Confederación* (es decir de organización estable supraestatal) dicho sea sin entrar ahora en la naturaleza jurídica de la Unión. Por otra parte, acusa las contrapuestas posturas de los Estados integrantes de la Comunidad que perduran a través del casi medio siglo de existencia comunitaria: el convencimiento de la necesidad de constituir un bloque unido en la esfera internacional y la doble dificultad de conseguirlo debido a las dificultades técnicas de poner en común funciones antaño estatales y a la prevención de los rectores de cada Estado por temor de que las decisiones de la voluntad colectiva resulten contrarias a los intereses particulares del propio Estado-miembro.

### 1. *Presidencia*

La Unión Europea carece de una presidencia unipersonal. La presidencia de la Unión la asume cada semestre un Estado-miembro. Todos los Estados comunitarios se turnan en esta función y por orden alfabético. Por tal razón España la asume precisamente en el período enero-junio del 2002.

Al estar atribuida a un Estado, la función presidencial la asumen los órganos internos del mismo. Ordinariamente, la ejercitan los jefes de Gobierno, aun cuando esta afirmación no puede tomarse como una regla absoluta.

Por otra parte las atribuciones y funciones de la presidencia son limitadas: convocar y presidir el Consejo a que luego nos referimos, y una función, vaga jurídicamente pero de cierta importancia práctica, consistente en impulsar el desarrollo de la Comunidad. (los Estados tienen a gala que bajo su presidencia se produzcan actos importantes de impulso del desarrollo colectivo, por ejemplo la negociación de la admisión de nuevos miembros).

### 2. *El Consejo Europeo (Consejo de la Unión Europea)*

Este organismo nació con el nombre de *Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno*. Reúne por lo tanto a las cabezas políti-

cas de cada Estado-miembro. Nació originariamente de hecho, al sentir la necesidad de reuniones de los dirigentes políticos para tomar posturas conjuntas ante problemas determinados. El Acta Única (art. 2º) institucionalizó este organismo con el nombre acabado de utilizar, si bien se le conoce con el nombre abreviado de Consejo Europeo. Por una decisión de 1993 se adoptó el nombre de Consejo de la Unión Europea que por ahora no ha arraigado <sup>10</sup>.

Componen este Consejo: 1º) las cabezas políticas de los respectivos Estados-miembros, sean presidencialistas (jefes de Estado) o parlamentaristas (jefes de Gobierno); 2º) Sus respectivos ministros de Asuntos Exteriores; 3º) El presidente y un miembro de la Comisión a que luego nos referimos. La presidencia del Consejo es asumida por el representante del Estado que ese semestre ostenta la presidencia comunitaria.

Las atribuciones del Consejo Europeo son bastante vagas. Se dirige a la *toma de posiciones políticas comunes*, por todos los Estados-miembros. Por ejemplo, adoptó una postura común en los conflictos de Bosnia y de Kosovo, al desintegrarse la antigua Yugoslavia. Ha efectuado reuniones, aún demasiado recientes para valorarlas a raíz del llamado atentado de las torres gemelas de Nueva York, etcétera. Por lo tanto es un organismo propio del propósito de pasar de Unión económica a Unión política. El porvenir dirá si es una solución de transición o lo que los franceses denominan «*una démie mesure*» que acredita más la impotencia que la efectividad de la confederación.

### 3. El Consejo de Ministros

Este organismo es por ahora el elemento fundamental para el desarrollo de la normativa y las actuaciones económicas comunes. No es un gabinete o consejo de gobierno. Constituye una *Junta o Asamblea de Ministros representantes de los Estados miembros*. Según las

---

<sup>10</sup> No debe confundirse el Consejo Europeo (que es un organismo comunitario) con el Consejo de Europa al que nos referiremos en el apartado IV y que no pertenece a la Comunidad.

materias que forman parte del orden del día, los Estados suelen cambiar el ministro que envían (de Agricultura, de Industria, de Trabajo, etc.), pero el organismo es único aun cuando en el lenguaje habitual se utilicen expresiones del tipo de «Consejo de Agricultura», «Consejo de los Ministros de pesca», etc..

*A. Atribuciones.* El Consejo de Ministros es un organismo clave de la Comunidad, por no decir que en la actual fase histórica constituye el organismo fundamental; pues, dentro del casuismo característico de todo el sistema jurídico comunitario, goza de las siguientes atribuciones: a) *legislativas* en cuanto que aprueba las fuentes esenciales del sistema comunitario, reglamentos y directivas; b) *legislativas indirectas* en cuanto que puede dirigirse a la Comisión interesando propuestas, previo estudio técnico, sobre asuntos determinados; c) de *alta ejecución*, en cuanto que toma medidas de tal carácter, por ejemplo en materia de nombramientos de altos cargos de la Comunidad, d) lo que pudiéramos llamar medidas de *impulso comunitario* (interesar estudios y actuaciones de otros organismos, intervenir en los presupuestos, etc.).

*B. Organización y funcionamiento.* La Unión ha adoptado un sistema que recuerda (y no por casualidad) el Consejo Federal (*Bundesrath*) de la Constitución del Reich alemán de 1871. En efecto:

a) El Consejo se compone como hemos dicho, de un ministro por Estado-miembro (la presidencia la asume el ministro del Estado que por rotación semestral ostenta la presidencia comunitaria).

No obstante esto, se aplica una técnica de *voto ponderado*, en virtud de la cual en las votaciones que pudiéramos considerar ordinarias los votos de cada Estado son objeto de un coeficiente multiplicador. Así los de los cuatro Estados mayores (Alemania, Francia, Gran Bretaña, Inglaterra) se multiplican por 10. Los del Estado intermedio (España) se multiplican por 8. Los Estados menores ven multiplicado su voto por 2 (Luxemburgo); 3 por (Finlandia, Dinamarca, Irlanda), 4 (Austria, Suecia) o 5 (Holanda, Grecia Bélgica, Portugal). Es por lo tanto un sistema *menos que proporcional*: en números absolutos Alemania tiene muchos más votos que Luxemburgo. Pero en números relativos, Alemania tiene un voto por cada ocho millones de alemanes, mientras Luxemburgo tiene un

voto por cada doscientos mil luxemburgueses, dicho sea redondeando las cifras. Este sistema obedece a un problema que ya apareció al redactarse la Constitución norteamericana: los países de más peso demográfico tienen interés en la proporcionalidad en función del número de habitantes, mientras los pequeños prefieren el sistema un Estado-un voto. Norteamérica lo resolvió mediante la dualidad de Cámaras (la de Representantes en proporción al peso demográfico de cada Estado y el Senado con igual representación de todos los Estados). La Comunidad ha optado por el sistema menos que proporcional (que reaparece en la composición del Parlamento). Pero el problema es el mismo y también es el mismo el intento de equilibrio, aun cuando la solución varíe. Este problema del equilibrio hace que cada vez que ingresan nuevos miembros se replantee el cálculo de la ponderación de votos.

b) El sistema de *adopción de acuerdos* varía en función de las siguientes modalidades: 1º) sistema de *unanimidad relativa*, en realidad de veto, puesto que la abstención no impide la validez de lo acordado; originariamente era el sistema único, si bien se fijó como transitorio, actualmente (Tratado de Maastricht principalmente) está limitado a una relación casuística de asuntos, naturalmente los que originan más susceptibilidades políticas (por ejemplo España tiene interés en poder vetar asuntos sobre transportes, aviación, etc., que afecten a la ocupación inglesa de Gibraltar); 2º) sistema de *doble mayoría cualificada* (acuerdos que requieren dos tercios de los votos y dos tercios de los Estados votantes; o sea que con una sola Cámara persiguen el mismo resultado que la Constitución norteamericana con dos Cámaras; es el sistema ordinario de votaciones del Consejo); 3º) sistema de *mayoría cualificada simple* (requiere dos tercios de votos, pero no necesariamente de Estados votantes, con todo los votos están distribuidos de tal modo que los 40 votos que suman los cuatro grandes Estados no alcanzan los  $2/3$ ; este sistema se adopta para aprobar las propuestas de la Comisión); 4º) al sistema de *mayoría absoluta de Estados* podemos calificarlo de residual actualmente.

En último término, la complejidad del sistema de votaciones refleja el dilema básico de la Unión: conciencia de la necesidad de una actuación común (sin renunciar a las características nacionales) y desconfianza política entre los rectores de los diversos Estados-miembros, es decir peso de los intereses y desconfianzas nacionales (el ejemplo de Gibraltar lo evidencia).

c) *Secretario general*. Ejerce las funciones propias de un jefe de Secretaría y lo designa el propio Consejo.

d) *Comité de Representantes Permanentes (Coreper)*. La función principal de este Comité es la de preparar los trabajos y acuerdos del Consejo. Gran número de decisiones del Consejo tienen trascendencia económica pero carácter técnico. Por ejemplo, una medida sobre prevención de accidentes supone costos: y, en un mercado único, si un Estado es más liberal que otro en esta materia, podría facilitar la competencia desleal sobre la base de reducir gastos a costa de originar peligros de accidentes. De ahí que una directiva sobre prevención en la manipulación de productos tóxicos pida armonizar necesidades técnicas con la situación de la industria en cada Estado miembro, el costo que haya de representar para sus empresas, etc. Ello supone unas largas y a veces difíciles negociaciones mitad técnicas, mitad político-económicas. Los miembros del Comité, designados por sus respectivos ministerios nacionales, trabajan y preparan las disposiciones del Consejo en triple contacto: con sus colegas de otras naciones dentro del Coreper, con sus respectivos ministerios nacionales y en lo menester con la Secretaría del Consejo comunitario. Ello permite que sean muchos los acuerdos del Consejo (Previamente tratados en el Coreper) que se aprueban por unanimidad.

#### 4. La Comisión

A. *Funciones*. Toda diferencia salvada entre la Unión Europea y un Estado nacional, la Comisión es el organismo colegiado equivalente al Consejo de Gobierno en los modernos Estados nacionales. Es, por lo tanto, el organismo ejecutivo directo de la normativa comunitaria (salvo en los casos en que la ejecución corresponde a los Estados-miembros, en cuyo supuesto la Comisión supervisa el comportamiento de las administraciones nacionales). También es la cabeza de la compleja máquina administrativa comunitaria.

B. *Composición y designación*. La Comisión está integrada por un presidente de la Comisión (que es una especie de canciller, distinto por lo tanto de la presidencia comunitaria), el secretario general y de los comisarios comunitarios.

El presidente es designado por el Consejo. Los comisarios, en cambio, son propuestos por los Estados-miembros. Los cinco principales (Alemania, Francia, Gran Bretaña, Italia y España) designan dos comisarios. Los restantes Estados uno cada uno. La designación es por cinco años y actualmente se somete a la investidura del Parlamento, el que también puede acordar una moción de desconfianza que lleva a la dimisión de los interesados.

*C. El presidente.* Al igual que un jefe de Gobierno, el presidente encabeza la Comisión, consiguientemente convoca y preside sus reuniones.

Asimismo ciertos organismos (Secretaría General, Asesoría Jurídica, etc.) dependen directamente de la Presidencia.

*D. Los comisarios y las direcciones generales.* Los comisarios al igual que los ministros en los gobiernos nacionales, asisten a las reuniones de la Comisión con voz y voto y encabezan la respectiva Dirección General.

Las direcciones generales constituyen los departamentos administrativos comunitarios, equivalentes a los ministerios en las áreas nacionales, pero con atribuciones más específicas: pesca, relaciones exteriores, Transportes, Investigación, energía, presupuestos, etcétera.

Es de advertir que la Comisión y las direcciones generales han de operar, en interés colectivo y no necesariamente del Estado a que pueda pertenecer el respectivo comisario. Alguna ocasión no ha sido así, pero en otras los comisarios han actuado efectivamente en defensa del interés colectivo o de un Estado que no era el suyo. Por ejemplo, la Sra. Bonino cuando era comisaria de pesca, defendió ante Marruecos unos intereses principalmente españoles sin perjuicio de su nacionalidad italiana.

*E. El secretario general.* Su función es la de asistir a la Comisión como secretario colegial y de atender a la puesta en práctica de los acuerdos, por ejemplo encargándose de la publicación en el «Diario Oficial» de la Comunidad, preparar las reuniones según el orden del día, etc..

## 5. *El Parlamento*

El Parlamento, como su nombre sugiere, es el organismo con vocación de asamblea representativa de la población comunitaria. De ahí que

su estructura recuerde la de las asambleas políticas nacionales (con algunas particularidades propias del carácter confederal de la Unión). Sus atribuciones, en cambio, reflejan la especial situación histórica que atraviesa la Comunidad.

A. *Composición.* La estructura y composición del Parlamento Europeo responde a las siguientes notas.

a) Se compone de *diputados*, cuyo número se determina por Estados-miembros con arreglo al sistema menos que proporcional (respecto de las poblaciones nacionales) que hemos visto al referirnos al Consejo de Ministros. Así Alemania (después de la reincorporación al Bund de los territorios centrales; los realmente orientales los ocupa Polonia) tiene 99 diputados (lo que supone 1 por 800.000 habitantes, mientras Luxemburgo con 6 diputados tiene 1 por 70.000 habitantes. Los otros tres grandes (Francia, Gran Bretaña e Italia) con 87 diputados tienen 1 por cada 700.000 habitantes. España, menos poblada con 64 diputados tiene 1 por cada 600.000 habitantes, mientras Bélgica, Grecia y Portugal, con 25 diputados cada uno tienen un diputado por cada 400.000 habitantes; la misma proporción corresponde a Austria y Suecia, pero con 20 y 21 diputados; y Finlandia con 16 tiene uno por 300.000 habitantes, etc. (dicho sea en cifras redondeadas) <sup>11</sup>.

Está prevista una futura ley electoral común, por ahora no existe y cada Estado aplica la propia (a condición de que sea una norma de elec-

---

<sup>11</sup> La regla de representación menos que proporcional a la población (población en el momento de fijar la composición de los respectivos organismos, pues no hay cláusula de corrección automática por variar la población) opera por igual en los votos del Consejo de Ministros, en el Parlamento y en el Consejo Económico y Social; pero cuanto más numeroso es un organismo, más afinada resulta su aplicación (por la evidente razón de que así lo permiten las mayores cuantías). Así, Holanda tiene 31 parlamentarios, o sea más que Bélgica, Grecia y Portugal; pero el número de votos ponderados en el Consejo es el mismo (5); Austria y Suecia tienen también distinto número de diputados, pero los mismos votos ponderados (4); Finlandia y Dinamarca, con más diputados que Irlanda, tienen los mismos votos ponderados. Alemania se beneficia de su mayor población en el número de diputados, pero tiene los mismos votos ponderados y los mismos vocales del Consejo Económico y Social que los otros tres grandes. En el Consejo Económico y Social tienen doce vocales tanto los Estados que tienen cuatro votos ponderados (Suecia, Austria), como los que tienen cinco (Holanda, Bélgica y Portugal). Quizá donde ello es más patente es en el número de comisarios (España tiene dos como los cuatro grandes y los restantes Estados uno solo, como Luxemburgo).

ción popular directa). Así España aplica un sistema de representación proporcional relativa (sistema llamado de Hond), en cambio Gran Bretaña aplica el sistema mayoritario.

b) El Parlamento Europeo, siguiendo la técnica de las asambleas nacionales, tiene una Mesa, más exactamente dispone de una *doble Mesa: la Mesa estricta u ordinaria* (integrada por el presidente del Parlamento, los vicepresidentes y los «cuestores») y la *Mesa ampliada* (compuesta por los miembros de la Mesa estricta más los representantes de los grupos parlamentarios).

c) También al igual que los Parlamentos nacionales, el europeo puede actuar en *pleno* y en *comisiones* (Comisión de Presupuesto, de relaciones exteriores, de pesca, etc.). Estas comisiones tienden a coincidir con las direcciones generales, pero con importantes «desvíos» de esa tendencia.

d) Los *grupos parlamentarios* corresponden a la tendencia moderna a constituir agrupaciones ideológicas. Ahora bien, en el Parlamento Europeo esta medida, con todo y estar institucionalizada, choca con dos dificultades: *Primera*: Sólo algunos movimientos políticos tienen una tradición de actuación supranacional (socialistas, democristianos, etc.) y éstos constituyen grupos en el Parlamento Europeo relativamente estables. Otros carecen de esa habitualidad (conservadores ingleses, liberales alemanes, etc.) y sus agrupaciones resultan en extremo artificiosas; *Segunda*: incluso las agrupaciones homogéneas quiebran cuando se debaten cuestiones que afectan a intereses nacionales; es por ejemplo muy difícil que laboristas ingleses y socialistas españoles adopten una posición conjunta en una cuestión que afecte a Gibraltar.

*B. Facultades y funciones.* Es quizá el aspecto del Parlamento que evidencia más las diferencias entre una asamblea nacional y otra de una Confederación naciente. Originariamente sólo tenía las facultades de aprobar el Presupuesto y de opinar sobre ciertos proyectos de elaboración de normas. Como destacó Borrajo<sup>12</sup>. La Asamblea europea recor-

---

<sup>12</sup> Efrén BORRAJO DACRUZ, *Guía jurídico-laboral de las Comunidades europeas, Actualidad Laboral*, 1986, pág. 260.

daba la situación de los Parlamentos medievales que progresivamente iban a ir ampliando sus atribuciones. En el fondo pesaba el propósito de los gobernantes de los Estados de ser los artífices reales de la legislación comunitaria mediante su intervención en el Consejo de Ministros. En otras palabras, operaban todas las prevenciones que han acompañado a la creación y desarrollo de las comunidades europeas. A partir del Tratado de Unión de Maastricht, las funciones del Parlamento, relativamente ampliadas, han quedado del siguiente modo:

a) Facultades *presupuestarias* consistentes en discutir y aprobar, en su caso, el Presupuesto. Esta facultad es efectiva desde el origen de la Comunidad pues en dos ocasiones (1980 y 1985) el Parlamento rechazó el Presupuesto propuesto por la Comisión y el Consejo.

b) Atribuciones de *supervisión* que fundamentalmente son las siguientes: 1º facultades de *verificación* (designar comisiones de investigación; formular preguntas a la Comisión; recibir y discutir un informe anual de la Comisión); 2º facultades de *aprobación o repudio* (voto de investidura de la Comisión; voto de censura a ésta que, acordado por mayoría de 2/3 obliga a la Comisión a dimitir colectivamente); c) designación de un defensor del pueblo (*ombudsman*). Estas facultades son parecidas a las de los Parlamentos nacionales, pero al no corresponder la Comisión a una mayoría originaria (entre otras razones por la disgregación de los partidos políticos en lo que pudiéramos llamar «nivel comunitario») su planteamiento es distinto del propio de los Parlamentos nacionales. Con todo, en una ocasión, al nacer precisamente el siglo XXI, el Parlamento provocó la renovación de la Comisión.

c) En materia *legislativa* el Parlamento tiene: 1º facultades de promoción, pues puede proponer la formulación de nuevas normas; 2º un derecho de *calificación o de información* sobre los proyectos que hasta ahora no están sometidos a la conformidad parlamentaria; 3º un derecho de *participación* en la fijación de las disposiciones comunitarias, sea en las materias sometidas al complicado *procedimiento de co-decisión*, sea cuando es aplicable el sistema algo más sencillo de cooperación.

En todo caso, la ampliación de facultades del Parlamento suscita prevenciones, hasta ahora se ha desarrollado con cautela, como acabamos de ver, lo que en último término está en relación directa con las dificultades de establecer el desarrollo práctico del sistema comunitario.

## 6. *Tribunales*

*A. Indicaciones generales.* La aplicación del derecho comunitario en los respectivos litigios entre partes compete a los tribunales nacionales propios de cada Estado, pues la normativa común se incorpora a su derecho interno. No obstante, desde sus orígenes la Comunidad dispuso de un Tribunal de Justicia. A la vista del exceso de asuntos, el Acta Única estableció un Tribunal de Primera Instancia. Por lo tanto, el sistema aplicado, tras la Decisión de 1988 que desarrolló la aplicación del Acta Única en materia judicial es el siguiente.

*B. Competencia.* Los tribunales comunitarios son competentes para resolver los litigios entre órganos de la Unión, y entre los Estados y la Unión así como entre los Estados, si la divergencia versa sobre la aplicación del derecho comunitario. En principio, no se dirige a resolver los pleitos entre particulares (esa función corresponde a los tribunales nacionales al aplicar conjuntamente el derecho propio y el ordenamiento comunitario). No obstante, los particulares tienen dos vías indirectas de acceso a la jurisdicción comunitaria: 1º denunciando un problema a la Comisión, a fin de que ésta interponga la correspondiente demanda; 2º solicitando del juez que conoce del litigio que plantee la llamada *cuestión prejudicial* (es decir que se dirija al Tribunal Comunitario para que resuelva un punto dudoso de derecho europeo), la interpretación contenida en la sentencia del Tribunal Europeo vinculará en lo jurídico (no en la prueba de hechos) al juez nacional consultante. Por lo tanto, las competencias del Tribunal Comunitario recuerdan las de los tribunales constitucionales.

*C. El Tribunal de Justicia de la Unión.* Como hemos apuntado más arriba, procede de los orígenes de la Comunidad y muy en síntesis responde al siguiente esquema:

a) Conoce básicamente de los recursos contra el Tribunal de Primera Instancia y de las cuestiones prejudiciales (de éstas conoce directamente)

b) Se compone de jueces (uno por Estado, propuesto por los Estados pero designado por el Consejo). El nombramiento es por seis años, siendo reelegibles y renovándose por mitades cada tres años.

c) El Tribunal designa un secretario, también por seis años.

d) El Tribunal puede actuar en pleno o en salas de tres o cinco magistrados. Actúa en pleno cuando así lo decide el propio Tribunal o lo solicita una institución comunitaria a la vista de la trascendencia del litigio.

e) Además de las partes litigantes, emiten informe los *abogados generales*. Éstos son ocho (renovables también por mitad cada tres años y reelegibles). Entre ellos, abogados y jueces designan un primer abogado general (renovable anualmente y cuya función principal es el reparto de asuntos entre sus colegas). El abogado general es un *amicus curiae* que emite un dictamen no vinculante para ilustrar al Tribunal. No es por lo tanto un acusador público, recuerda más el promotor fiscal del derecho clásico español, que existió también en las Audiencias de los Virreinos del Nuevo Mundo. Las partes (Comisión, Estados litigantes, etc.) disponen de sus propios abogados que actúan como defensores clásicos.

f) El Tribunal no ejecuta directamente sus sentencias. Pero éstas constituyen títulos directamente ejecutivos y los interesados pueden dirigirse a los respectivos tribunales nacionales competentes por razón del territorio y la materia interesando procedan a la ejecución.

*D. El Tribunal de Primera Instancia.* Como se ha dicho, tiene su origen en el Acta Única y fue creado para descargar trabajo al Tribunal de Justicia originario.

a) También se compone de quince jueces, renovables cada seis años por mitad. Elige presidente entre sus miembros y nombra secretario propio. Puede actuar en pleno o en salas de tres o cinco magistrados. Por lo tanto, su organización recuerda la del Tribunal Superior.

b) Las diferencias fundamentales con el Tribunal de Justicia son las competencias (primera instancia con exclusión de las cuestiones prejudiciales) y que la actuación de abogado general es eventual (ha de acordarla el Pleno sea por decisión de éste, sea a petición de la Sala actuante).

## 7. Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas se compone de quince miembros (uno por cada Estado propuestos al Consejo de Ministros y designados por éste) y opera como los órganos de contaduría propios de los Estados; es decir,

fiscaliza y audita los diversos organismos de la Comunidad y emite un informe sobre la corrección financiera de su actuación.

### 8. *Organismos complementarios*

La Unión ha desarrollado una compleja máquina administrativa, dependiente en general de las direcciones generales y por tanto de la Comisión y también ha dado lugar a organismos relativamente autónomos. Por eso el sistema político acabado de exponer se complementa mediante una compleja red de organismos, cuyas líneas más sobresalientes resumimos a continuación.

A. *Asambleas consultivas*. Los tres organismos que agrupamos en este subapartado tienen carácter asambleario, cuasi-parlamentario por el número de sus componentes y su estructura (mesa presidencial, constitución de comisiones y ponencias, etc.). Pero por su origen se dirigen a canalizar las pretensiones de determinados sectores existentes en la Comunidad y distintos de los gobiernos que actúan en el consejo. También se caracterizan por *carecer de poder decisorio directo*, pero gozar de facultades de emisión de opinión (dictámenes) y de formulación de propuestas a los órganos legislativos de la comunidad. Estos organismos son:

a) El *Comité Económico y Social* pese a su nombre es una verdadera asamblea de estructura parlamentaria pues se compone de más de doscientos vocales. Se dirige a canalizar los puntos de vista de los protagonistas de la actividad económica, pero no constituye una representación objeto de elección directa. Por eso sus componentes se distribuyen *entre Estados* (con arreglo al sistema menos que proporcional en relación con el número de habitantes) y dentro de éstos según *actividades profesionales*.

De acuerdo con lo indicado, los cuatro mayores Estados designan 24 vocales; España 21; Austria, Bélgica, Holanda, Grecia, Suecia y Portugal designan 12; Finlandia; Irlanda y Dinamarca sólo 9 y Luxemburgo 6. Adviértase que son cifras divisibles por tres lo que permite proponer a cada país un tercio empresarial, un tercio de trabajadores y otro de profesiones liberales. Los vocales son propuestos por los Estados (prácticamente previa negociación con las organizaciones gremiales y organizaciones profesionales de su respectivo país) en lista doble de las plazas a

cubrir. El Consejo de Ministros escoge los vocales titulares y suplentes respetando la proporción nacional y profesional.

b) El mismo carácter asambleario tiene el *Comité de las Regiones*, pues el número de sus miembros y la distribución por países es el mismo que para el Comité Económico y Social, pero varía la razón de escogerlos que en este caso obedece a su vinculación a la administración territorial. Así, España designa sus 21 vocales distribuidos del siguiente modo: 17 por las 17 regiones administrativas en que se divide el país (o sea uno por región), dos por el conjunto de las 50 provincias en que se subdivide nuestra organización territorial y otros dos por los municipios que integran el territorio nacional.

c) En cambio, el *Comité Consultivo del Carbón y del Acero* procede de la originaria Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y, a diferencia de los anteriores organismos, distribuye el número de puestos entre los Estados según su importancia en materia de carbón y de acero. Así, Luxemburgo tiene cinco miembros, los mismos que Holanda y en cambio Grecia sólo tres. Y Bélgica tiene ocho, o sea lo mismo que Italia (que tiene industria siderúrgica pero escasa minería) y más que Holanda. Los puestos de cada nación se dividen entre empresarios y trabajadores distinguiendo las especialidades de productores de carbón, de acero y de usuarios y transformadores. Los vocales los proponen los respectivos gobiernos, previa negociación con sus respectivas organizaciones profesionales.

*B. Organismos financieros.* Son de dos tipos: los Bancos europeos y los Fondos Estructurales.

a) Los *Fondos Estructurales* se dirigen a tramitar las ayudas comunitarias (o sea las operaciones de financiación a fondo en principio perdido) en ciertas dimensiones económicas. Para evitar la competencia desleal amparada por los Estados, la Unión es muy restrictiva respecto de las ayudas que estos pueden prestar a sus empresas. Además, su orientación obedece a un liberalismo económico exacerbado. Los Fondos atenúan las consecuencias de éste y proporcionan ayudas comunitarias, evitando así el favoritismo estatal. Los principales Fondos son los siguientes: 1º) El *Fondo Europeo de Desarrollo Regional* (FEDER) dirigido a efectuar inversiones productivas (obras públicas, etc.) en las regiones menos favorecidas (se han favorecido Irlanda, Grecia y Portu-

gal y algunas regiones españolas como Galicia); 2º) El *Fondo de Cohesión* (realiza inversiones en infraestructura de transportes y medio ambiente); 3º) El *Fondo Social Europeo* se dirige a facilitar las posibilidades de empleo, mediante acciones de formación profesional, reconversiones, etc. (no es un seguro de paro); 4º) El *Fondo de Garantía*, avala operaciones exteriores aseguradas por la Comunidad; 5º) El *Fondo Europeo de Desarrollo* financia las ayudas comunitarias al Tercer Mundo. 6º) El *Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola* (FEOGA) se dirige a financiar las medidas en interés con ese sector. 7º) Ha de ser relacionado con el fondo Agrícola el *Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca*; 8º) También ha de ser relacionado con el sistema de Fondos el *Nuevo Instrumento Comunitario* que en esencia constituye un sistema de préstamos para fomentar la industria.

Advertirá el lector que el sistema de Fondos administra con autonomía funcional las cantidades asignadas a fines económicos específicos. Obedece además a la idea de cooperación al propio esfuerzo, pues la aportación de los Fondos cubre una parte importante pero no suele llegar al 100% de cada proyecto que puede cubrir el Fondo, por ejemplo en las contribuciones al desarrollo regional.

b) Los Fondos administran y aplican partidas presupuestarias que la Comunidad asigna a fines específicos, atendiéndolos con recursos de la propia Unión. En cambio los *Bancos Europeos* son Bancos públicos y operan como tales; pueden por tanto recurrir a recursos ajenos o propios; frecuentemente se trata de aportaciones directas de los Estados-miembros. La Comunidad dispone al efecto de los siguientes Bancos: 1º) El *Banco Central Europeo* opera como tal Banco Central para los doce Estados que han adoptado el Euro como moneda común, y actúa de modo similar a la Reserva Federal norteamericana, toda diferencia de situación salvada, así fija los tipos de interés, los Euros que puede emitir cada Estado, etc.. Su junta directiva la componen los representantes (directores) de los Bancos Centrales de los Estados de la zona euro más el director del propio B.C.E. 2º) El *Banco Europeo de Inversiones* financia los proyectos de interés comunitario; 3º) El *Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo* (BERD) se ha establecido para ayudar a la Europa del Este tras la caída del comunismo, en último término para facilitar a aquellos países alcanzar las condiciones que les permitan ingresar en la Unión.

*C. Organismos técnicos especializados.* La Comunidad ha generado una pléyade de organismos auxiliares de carácter técnico y especializado. En general, su propio nombre indica el objeto de éstos, cuya duración en el tiempo ha resultado variable. Seguidamente enumeramos una selección de estas instituciones acreditativas de su variada especialización: Centro Común de Investigación (de investigación y desarrollo), Comité Consultivo de los Consumidores, Comité Consultivo para la Formación Profesional, Centro Europeo de Desarrollo de la Formación Profesional, Comité Permanente de empleo, Comité Consultivo de Navegación Interior, Comité Consultivo Monetario, transformable en Comité Económico y Financiero, etc..

#### **IV. El ámbito europeo**

##### *1. Indicación previa*

Nos proponemos exponer en este cuarto apartado, una referencia a los organismos relacionados con la Comunidad pero que no forman parte del esquema general por alguna de estas tres razones: ser de ámbito más amplio (aun cuando correspondiente al movimiento europeísta), ser de ámbito más reducido (aun cuando desarrollándose en el seno de la Unión) o ser de naturaleza jurídica privada (aun cuando se hayan constituido y operen contemplando los vínculos europeos). Los dos primeros reflejan el problema de las llamadas «velocidades» en la construcción europea, que a su vez es fruto de las dificultades para establecerla; tanto dificultades técnicas como reticencias de algunos Estados y de movimientos que se resisten a ella en todos los Estados. Adviértase que algunas de las figuras que operan con carácter limitado, que lo hacen sin abarcar todo el ámbito europeo, no obstante se han construido dentro de la Unión, como apuntaremos al referirnos a ellas: En cuanto a las agrupaciones (en sentido lato asociaciones) de naturaleza jurídica privada son consecuencia evidente de la necesidad de relacionar los intereses colectivos, particularmente los profesionales con los organismos gestores de la actividad comunitaria. En último término obedecen a la misma razón por la que estas agrupaciones aparecen en los ámbitos estatales, pero trasladadas en este caso a la esfera comunitaria.

## 2. *Diversidad de grados de vinculación*

Las divergencias de ideas y de intereses han constituido una gran dificultad para el desarrollo de la Unión Europea. De ahí que sus partidarios se hayan dividido entre los que propugnan un desarrollo conjunto y los partidarios de una Unión a dos (o más) velocidades. La velocidad múltiple permite adaptarse mejor a la situación de cada Estado, pero encierra el peligro de crear diferencias graves entre los Estados europeos. Con todos sus inconvenientes, la diversidad de grados de integración común ha sido inevitable, como reflejan las siguientes instituciones. Adviértase que las primeras que señalamos (Consejo de Europa, Espacio Económico) son externas a la Unión Europea mientras las últimas señaladas (Protocolo de Maastricht, unión monetaria y en cierto sentido comunidad de defensa) se desarrollan en el seno de la Unión.

*A. El Consejo de Europa.* Este Consejo (que no es una institución comunitaria) no ha de confundirse con el llamado Consejo Europeo (y que sí es una institución comunitaria). El Consejo de Europa responde a un intento inicial de generar una comunidad europea, pero ésta resulta vaguísima y por lo mismo escasamente eficiente en la esfera internacional. Todo lo más es útil como antepuerta para el ingreso en la Unión Europea (actualmente se han incorporado al Consejo la mayoría de los Estados europeos separados de la Unión Soviética a raíz de su disolución).

El Consejo se centra en la elaboración de convenios de carácter más o menos político. El más importante es el que ha establecido un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, residente en Estrasburgo (Alsacia), y que no debe confundirse con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, residente en Luxemburgo. En la práctica, el Tribunal de Estrasburgo ha amparado más a los delincuentes que a sus víctimas.

*B. El Espacio Económico Europeo.* Cuando los seis Estados originarios (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo) constituyeron la primitiva Comunidad (que ya era una unión económica con vocación política), Inglaterra le opuso una zona de libre cambio, sin vocación de futura unión política. Con el tiempo la mayoría de los Estados miembros de la zona, incluso la Gran Bretaña se ha integrado en la Unión

Europea. Sólo han permanecido fuera Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. Estos cuatro Estados y los miembros de la Unión constituyen el Espacio Económico que sigue siendo una zona de liberalización de los intercambios mercantiles.

*C. La Unión Europea Occidental.* Constituye una alianza de carácter defensivo y por tanto militar. No forma parte de la Comunidad Económica e incluso nació al margen de ella. Pero todos los Estados que actualmente la integran (Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y España) forman parte asimismo de la Comunidad Económica. Por lo tanto sólo nueve de los quince Estados comunitarios la integran.

A partir del ingreso de Alemania y más con la incorporación de España y Portugal, la U.E.O. tiene vocación de constituir el núcleo de la defensa común de la Comunidad Europea. No obstante la integración de sus miembros en la OTAN (que diluye la independencia de acción de la U.E.O.), así como la carencia de un Ministerio común de Asuntos Exteriores (que consiga la efectividad de una política internacional común) reducen considerablemente la eficacia de la U.E.O.

*D. El Euro y el Banco Central Europeo.* La creación de la moneda única ha sido el resultado de una larga evolución iniciada con la creación del ECU como unidad de cuenta. La puesta en circulación del Euro como moneda real ha requerido la constitución de un Banco Central Europeo que opera de modo similar a la Reserva Federal norteamericana. Con todo, por ahora este sistema no alcanza a toda la Comunidad, pues permanecen fuera de él y conservan sus propias monedas tres Estados, entre ellos Inglaterra y la reticente Dinamarca.

*E. Los acuerdos Schengen.* Reciben este nombre dos pactos (de 1985 y 1990) dirigidos a facilitar la circulación de personas entre los países firmantes (liberación de trámites aduaneros, simplificación de la documentación personal exigible, etc.). Dado que uno de los objetivos de la Comunidad es la libre circulación de personas en el seno de ésta; estos acuerdos se dirigen a satisfacer uno de los objetivos primordiales del sistema jurídico comunitario. No obstante, en origen sólo fueron firmados por cinco Estados (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo).

Posteriormente se han adherido Italia (1990), España y Portugal (1991) y Grecia (1992). No es un tratado comunitario; pero además de contemplar los fines de la Unión, está abierto a todos los Estados que la integran, acreditando una vez más que la Unión no se está produciendo a velocidad uniforme para todos sus miembros.

*F. El sistema de protocolos.* Al elaborarse el Tratado de Maastricht, que desarrollaba la Unión Europea las reticencias de Inglaterra, seguida de Dinamarca, llevaron a una dualidad de documentos: el Tratado básico y los Protocolos adjuntos, el más polémico de los cuales no fue suscrito por la Gran Bretaña. Ello constituía una vía inconfesada de desarrollo de la Unión en dos grados (los vínculos asumidos por todos los Estados y los asumidos por parte de ellos).

### *3. Agrupaciones de derecho privado*

Los organismos asociativos representantes de intereses colectivos, jurídicamente son entidades de derecho privado. Pero su función es de interés público, vistos los intereses que se dirigen a representar, lo que en los sistemas democráticos no deja de encerrar cierta inconsecuencia<sup>13</sup>. En todo caso, en relación con la Unión europea, aun cuando no se ciñan siempre a su ámbito territorial, hemos de destacar la existencia de las siguientes entidades, sin propósito de ser exhaustivos:

- a) Unión de Industrias de la Comunidad Europea (agrupa diversas federaciones empresariales de ámbito nacional)
- b) Federación Bancaria de la Comunidad Europea (agrupa federaciones nacionales)
- c) Conferencia Permanente de Cámaras de Comercio e Industria (agrupa directamente cerca de un millar de Cámaras)
- d) Confederación Europea de Sindicatos (de inspiración vagamente socialista, abarca todo el Espacio Económico Europeo.)

---

<sup>13</sup> Véase J. LLUIS Y NAVAS, *Las variaciones del derecho del trabajo en Europa Occidental*, Barcelona, 1966, pág. 37 y ss..

e) Confederación internacional de cuadros.

f) Los agricultores dieron lugar a tres organizaciones: el Comité de Organizaciones Profesionales agrícolas de la Comunidad europea (COPA), el Comité General de cooperación de la Comunidad europea (COGECA) y el Consejo Europeo de Jóvenes Agricultores (CEJA).

g) Las empresas menores, o sea la llamada pequeña y mediana empresa han originado dos organizaciones: la EUROPYME y la UEAPME

h) La Oficina Europea de Uniones de Consumidores acredita lo indicado sobre la tendencia a contemplar el ámbito europeo sin ceñirse a los límites de la Comunidad, pues España y Portugal ingresaron en esta organización antes de formar parte de la Unión europea.

i) La Comunidad Europea de Cooperativas de Consumo (EUROCOOP) agrupa más organizaciones que Estados (por ejemplo Bélgica está representada por dos entidades).

Estas agrupaciones tienden a disponer de organizaciones permanentes. Aun cuando las estructuras varían según las particularidades de cada una de ellas, tienden a corresponder al siguiente esquema: asamblea general, oficina permanente y secretariado.

Además de las organizaciones propiamente profesionales operan en la Comunidad, como destaca C. Philip<sup>14</sup> entidades que agrupan otro tipo de intereses, como la Confederación Europea de Organizaciones familiares (varias por Estado, Francia está representada por doce federaciones, una de ellas católica confesional y otra protestante), y la Oficina Europea del Medio Ambiente.

---

<sup>14</sup> Christian PHILIP, *Droit social européen*, París, 1985, pág. 121 y ss..

# LA CRISIS ARGENTINA

por PEDRO J. FRÍAS \*

**SUMARIO:** 1. Nuestra crisis. 2. Un nuevo pacto de confianza. 3. La gobernabilidad en riesgo. 4. Reinventarnos en la penuria.

## 1. Nuestra crisis

*La crisis en la crisis* es el título del último libro del sociólogo Francisco Delich, ex rector de las universidades de Buenos Aires y Córdoba. Es una mirada penetrante y original en el núcleo menos visible de nuestro acontecer. Articula eficazmente Estado, Nación, sociedad y mercados, y sin denuncias, hoy tan frecuentes como efímeras, logra hacer reflexionar al lector.

He citado esta obra porque me ha estimulado a buscar por mí mismo los puntos vulnerables de nuestro país, a partir de los cuales debemos reconstruirnos. Helos aquí:

- Un pueblo de disímil capital humano, lo que hace improbable alcanzar igualdad de oportunidades.
- Un Estado menos eficiente y transparente de lo posible, con inercias burocráticas, difíciles de corregir, porque nacen de la misma sociedad.
- Una gobernabilidad debilitada en extremo, no sólo por falta del liderazgo que caracterizó a nuestro presidencialismo, sino porque la

---

\* Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

governabilidad misma depende ahora de la interacción entre órganos estatales y no estatales, que no se logra.

- Una civilización del ocio que se instaló prematuramente: en la clase alta, desde que la Argentina se convirtió en «granero» del mundo y que el populismo extendió a la clase media y a la trabajadora.

- Una educación que perdió su proyecto de excelencia.

- Una cultura de ahorro débil y más por haber sido defraudada tantas veces.

- Partidos tradicionales que se articulan en el centro político y partidos nuevos diversificados entre el centro-izquierda y el centro-derecha.

- Un sistema electoral que admite candidatos menos idóneos.

- Un costo político desproporcionado comparativamente.

- Un régimen federal que no evita la concentración en el gobierno nacional, aunque la descentralización promete corregirla.

- Un desequilibrio fiscal que llegó a su límite, sin ventajas aparentes del excesivo gasto, que la sociedad tolera sin advertir que nos aísla del crédito y del mundo.

- Una falta de rigor en el cumplimiento de la ley.

- Un espíritu corporativo en el mercado, que lo aleja a veces del bien común.

- Desigualdades crecientes que exigen solidaridad.

- Unas regiones que vinculan eficazmente a las provincias, pero no están tan activas como sería posible.

- Una carencia de administradores estratégicos en el Estado.

- Un Poder Judicial que a veces, injustamente, no logra la confianza pública, crisis de confianza que se proyecta al Estado y al sistema financiero, y que exige conductas ejemplarizadoras de ellos y de la sociedad.

Sin duda, mi listado es incompleto. Pero nos recuerda los siguientes desafíos: a) reformar el sistema electoral, lo que es difícil pero no imposible; b) hacer cumplir la reforma política, desvirtuada porque se está gastando antes del plazo establecido, con el pretexto de que no hay todavía campaña electoral propiamente; c) facilitar los varios caminos de la descentralización hacia los poderes locales y la cooperación entre ellos para obtener ventajas de escala; d) promover las legislaturas unicamerales en provincias; e) intentar la reforma de las constituciones provinciales y cartas orgánicas para que los concejales se desempeñen *ad honorem*,

como un servicio civil, pero cuando lo permita el humor político-social; f) descartar anuncios extravagantes como el de derogar todas las leyes que no sean ratificadas, que aumentaría la inseguridad jurídica, pero irlo haciendo con otro sistema; g) estimular la participación ciudadana en la vida cívica, en los partidos tradicionales y los nuevos; h) castigar la corrupción no sólo con la deshonra, que parece ahora insuficiente, dado el cinismo que a poco se instala en la sociedad; i) no aislarnos del mundo, sin establecer relaciones carnales con nadie...

En fin, sigo pensando que hay mucho más por hacer, pero ante todo restablecer la confianza entre todos los estratos de la sociedad y estimular la solidaridad y ... los buenos ejemplos. Y hacer realidad las propuestas de la Mesa de Diálogo Argentino.

## **2. Un nuevo pacto de confianza**

Hay consenso sobre el vacío político en la Argentina por el decaimiento de sus partidos tradicionales. Hay quienes se aprestan a ocuparlo y ponerse al servicio del país: grupos de reflexión para enriquecer el pensamiento y los proyectos, grupos de presión para ocupar las antesalas de los poderes políticos, incipientes partidos. Este panorama me lleva a pensar en la enseñanza de John Kenneth Galbraith sobre la anatomía del poder; para actuar en esa esfera tres elementos son requeridos: personalidad, estructura y recursos. Desarrollo ahora este esquema en función de nuestro país.

Nada puede hacer una personalidad sin estructura política, o una estructura sin personalidades. Los políticos deben estar estrechamente ligados a su medio, pero ser capaces de dirigirlo. Tener sensibilidad al bien común y proyectos para realizar. Se necesitan administradores estratégicos para que la celeridad de los cambios no les arrebatase sus proyectos. Y coraje cívico. En efecto, la política transcurre entre desafíos: el desafío nada fácil de reclutar gente alrededor de ideas claras para cumplir las exigencias legales y constituirse en partido; el desafío de adaptar las propuestas y las negociaciones a los rápidos cambios; el desafío de la disputa por el poder en las elecciones, y el desafío del poder mismo desde el gobierno o la oposición, para construir el país.

Y la estructura, es decir, el partido o el movimiento, debe rehuir toda burocracia, sugerir honestidad, sostener principios sin dogmatismo,

caminar por la cornisa de cada exigencia y atraer a cuantos aceptan exponer su capacidad y su prestigio a la prueba del riesgo político. Por fin, los recursos, porque el dinero cuenta en política, aunque no sea más que instrumental.

Los movimientos que aparezcan en la escena pública argentina deben aspirar a articularse para alcanzar la dimensión requerida, en los niveles municipales, provinciales o nacional.

*Tareas pendientes.* Ante todo, hay que reconstruir la confianza pública. Ese vacío explica el vacío político. Lleva al actual gobierno a tomar decisiones inconstitucionales, como la congelación de los depósitos y la suspensión de los amparos. La confianza entre la sociedad y las dirigencias es un presupuesto de cualquier sistema político. En Occidente hay demasiado individualismo y éste obstruye la gobernabilidad, porque disuelve los vínculos sociales en los egoísmos personales.

Y ahora enumero sólo algunas de las tareas pendientes:

- Debemos hacer crecer la democracia a través de la participación, para disminuir el número de los excluidos del sistema político. Esa participación debe ser gradual y responsable, para no poner en peligro la gobernabilidad. La gobernabilidad depende hoy no tanto del carisma de los líderes sino de la interacción entre órganos gubernamentales y no gubernamentales para una acción mixta, pública y privada.

- La participación exige que la sociedad civil crezca en institucionalización y recursos. Tenemos un rico voluntariado, pero debe construir sus espacios de cooperación con el sector público y el económico.

- El Estado debe recuperar su capacidad de gobierno en pocas funciones esenciales. No puede ser un Estado débil, porque, en el mundo global, se requiere aceptar el aumento de las interrelaciones, pero evitar las dominaciones explícitas u ocultas.

- El poder financiero debe estar al servicio de la economía y no al revés, como suele ocurrir. Pero debemos fortalecer la cultura del trabajo, comprometida con la civilización del ocio, tempranamente instalada entre nosotros. Los recursos naturales deben tener valor agregado.

- La educación, la salud y el trabajo debe ser políticas de Estado, nacidas de la concertación entre todos los grupos de interés, de opinión y partidos políticos. Concertarse por el país y su pueblo asegura el bien común y la gobernabilidad misma, que de otro modo está en riesgo. La sociedad no es inocente, pero la dirigencia política lo es menos. Conductas ejemplarizadoras deben permitir un nuevo pacto de confianza, ahora.

### 3. La gobernabilidad en riesgo

La frágil gobernabilidad actual me ha recordado los interrogantes que se planteó la ciencia política pocos años atrás.

¿Es gobernable la democracia? La pregunta era formulada sin ningún prejuicio contra el sistema. Las hipótesis planteadas eran múltiples pero retengo dos: una es que hay incompatibilidad entre las aspiraciones de la democracia política y el desarrollo del capitalismo liberal; para otros, la multiplicación de los protagonismos y más aún, la participación, hace ingobernable la democracia.

Luhmann cree que en el Estado liberal, el sistema eliminaba casi siempre las desviaciones; en cambio, el Estado democrático y pluralista legitima todas las demandas y de ahí su extrema politización.

Se agrega también que si el constitucionalismo social llega a una alta temperatura emotiva, no es compatible con ninguna economía, no sólo la capitalista: la economía se funda sobre la escasez y las demandas sobre la prodigalidad.

Toda crisis puede tener superación si se interpreta la «economía social» como una articulación de producción y equidad, pensamiento que requiere desarrollo, porque la solidaridad exige disminuir el capital de producción para atender las necesidades básicas insatisfechas. Y hay casos como algunas regiones del sur de Italia, en que satisfechas esas necesidades, el capital vuelve a la producción.

Pero la interpretación más incisiva a la democracia parece preguntarle si demasiada democracia no mata a la democracia. Son los términos de Giovanni Sartori. Por eso, Huntington proponía evitar la sobrecarga del sistema.

Mi posición fue siempre evitar dos actitudes: la de poner en cuestión la democracia misma y la de los demócratas románticos y voluntaristas que rechazan el interrogante.

Manfred Mols nos recordaría que la legitimidad es necesaria para la gobernabilidad, porque es la que retiene a los descontentos dentro del sistema político. Y la legitimidad está tan disminuida como la gobernabilidad misma. La conciencia de legitimidad se consolida con gobiernos que se apoyan y respetan y hacen respetar el derecho. Pero al derecho no hay que pedirle demasiado, porque es sólo el orden del orden social, no todo el orden. En la sociedad actual hay problemas que dependen de la cultura moral, acosada por un relativismo para el que todo es igual.

Las propuestas del Diálogo Argentino conducirían a la reconstrucción de la legitimidad porque una nueva cultura cívica restauraría la credibilidad en las instituciones. Pero el círculo vicioso argentino nace de una sociedad que no es inocente, porque la civilización del ocio se instaló tempranamente entre nosotros.

La frivolidad advertida por el Episcopado consiste en correr tras el poder, sin rehacer la cultura cívica, sin renovar las prácticas políticas, sin sanear la escena pública y tratar de compartir propuestas que vayan sin disimulos al fondo de los problemas.

#### **4. Reinventarnos en la penuria**

Circunscribo mi reflexión y mi propuesta a un doble desafío de la penuria en que hemos caído: penuria económica e institucional. La crisis no nos niega la posibilidad de superarla, pero tenemos que cambiar.

El filósofo español Juan Luis Aranguren aconsejaba a los europeos enriquecidos del Mercado Común, a reorientar sus deseos a los bienes inmateriales. ¿Reorientar los deseos? Claro que sí, porque el hombre es sujeto de deseos y es difícil cancelarlos. ¿A los bienes inmateriales? Por cierto, porque no cuestan. Pensemos: nuestro desempeño personal, ¿no puede superar alguna mediocridad? Nuestras relaciones de familia ¿no alcanzarían si modificamos algún egoísmo a la plenitud posible? Y nuestra vinculación con los vecinos, los compañeros, ¿podrían con alguna mayor generosidad nuestra ser mejor? ¿Y la cultura general para cuándo? La cultura general no es cultura literaria: es preparación para la vida, para estar a la altura de nuestro tiempo que multiplica los desafíos.

Son muy ricas las posibilidades de este entrenamiento que si se generalizara, crearía en nuestro pueblo un taller de la conciencia. Porque

como hemos perdido valores, tenemos que hacer hablar a nuestra conciencia. Hay tres valores a rescatar: la cultura del trabajo, porque otros pueblos trabajan con denuedo y nosotros no; por eso perdimos competitividad y así nos fue. Cuando viví en Bélgica y en Roma me sorprendía lo mucho que trabajaban. Ya he escrito que a partir de 1880, cuando la Argentina se va transformando en el granero del mundo, la clase alta abandona sus responsabilidades sociales y políticas, y para peor confunde cultura con refinamiento. El populismo instaló luego nomás la civilización del ocio en la clase media y en la trabajadora. Así nos fue. En segundo término, y por la misma razón, hay que rescatar la cultura del ahorro, muy débil en la Argentina. En tercer lugar, no se nos pide menos que esto: embarcarnos en emprendimientos de riesgo. Como todo esto falta, algunas provincias están en insolvencia, con pocas posibilidades de superarlas. Otto Klaus, advirtió que la economía de mercado no vuelve sin estos tres factores. Y señalaba que sólo gobiernos de alto consenso lo pueden lograr, pero no los hay. ¿Y los habrá en 2003?

Veamos ahora cómo salir de la penuria institucional, a medida que se superen ciertas situaciones. La seguridad jurídica está destruida en la Argentina. Y sin seguridad jurídica no hay crecimiento económico porque nadie invierte donde no se respetan las reglas. La seriedad de que las leyes rigen la vida cotidiana es la que me permite prever el resultado de mis actos y el de mi competidor también. Pero es cierto que no es la primera vez que se ha estafado a los ahorristas, pero nunca tanto como ahora.

Para superar la penuria institucional, reforma del Estado también, que tarda a pesar de que está en boca de todos: menor gasto público, más eficiente y más transparente. La economía aconseja legislaturas unicamerales en las provincias, desempeño de los concejales *ad honorem*, en las ciudades pequeñas, como lo hacen en la sociedad civil tantos dirigentes. La reforma del Estado puede valerse del asociacionismo, con sus variantes: cooperación en diversos grados, como está ocurriendo, cuando un consorcio de municipios pone sus máquinas a mutuo servicio. Esta voluntad de asociación va creciendo entre nosotros y no necesita llegar a la fusión de ciudades o de provincias, aunque el proyecto Neuquén-Río Negro nos alienta.

En tercer lugar, la penuria institucional nos exige una reforma política que ha quedado a medias: no cambia el sistema electoral, las elecciones internas abiertas y simultáneas están discutidas y las campañas siguen en

auge con gran costo porque la picardía criolla dice que las campañas restringidas por la ley son las que empiezan después de las internas.

Hay mucho más todavía, pero de la corrupción he hablado otras veces. Yo creía saber todo de la «mordida» mexicana y de la «tangente» italiana. Pero el sistema argentino es más diversificado.

Soy un «optimista sin ilusiones», como decía Pascal. Basta de ilusiones pero sí optimismo porque con entereza y esfuerzo todo cambiará.

## **¿EXISTE UNA CULPABILIDAD CIVIL Y UNA CULPABILIDAD PENAL?**

por JUSTO LAJE ANAYA \*

Mientras el dogmático del Código Penal debe conformarse en el sentido de que el delito es un hecho típico <sup>1</sup>, antijurídico y culpable, cuyo concepto debe extraerlo, y bastante afanosamente del art. 34 del Código Penal, ya que el actual Código no proporciona ninguna definición de delito, el dogmático de la ley civil puede partir, sin mayores inconvenientes, de la base de un concepto de delito que a la vez es material y jurídico. Delito es, según el art. 1072, el hecho «cometido a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro».

Esta disposición debe ser el punto de partida, y es la que nos permitirá intentar al menos, la demostración de la unidad de culpabilidad entre ambos códigos.

Por de pronto, también existe identidad en el sistema, en otro elemento que integra la noción de delito tanto en la ley civil, como en la penal. Nos referimos a la antijuridicidad, porque no se concibe esta relación, cuando se hace lo que la ley manda, o se hace lo que la ley permite, o no se hace lo que la ley prohíbe. El principio constitucional se traduce en que todos están o se hallan obligados a hacer lo que manda la ley, y abstenerse de hacer lo que ésta prohíbe. Ni el Código Civil, ni el Código Penal, pueden disponer otra cosa, no sólo porque la norma primaria es la que debe prevalecer, y efectivamente prevalece <sup>2</sup>, sino porque resultaría

---

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho

<sup>1</sup> Exigencia que viene del art. 18 de la Constitución Nacional.

<sup>2</sup> Art. 31, Constitución Nacional.

una enormidad, que alguien pudiera cometer un hecho lícito cuando su conducta estuviere prohibida, o no diere cumplimiento a un deber legalmente impuesto<sup>3</sup>. La licitud de un hecho, no admite que ese hecho sea a su vez ilícito, o que un hecho ilícito pudiera regresar al plano de lo lícito<sup>4</sup>.

El delito es, entonces, y desde una perspectiva formal, tanto en materia de derecho privado, como en materia de derecho público, un hecho<sup>5</sup> antijurídico y culpable<sup>6</sup>.

Hemos dicho que el Código Civil suministra una noción de delito, y que esa noción tiene la virtud de ser al mismo tiempo material y jurídica, porque se halla contenida en una norma jurídica. Se trata, aunque el art. 1072 no lo consigne expresamente, de una definición del delito doloso<sup>7</sup>, ya que cuando el mismo Código Civil alude al delito culposo, emplea una expresión distinta, y se refiere entonces, al cuasi delito. Este, el cuasi delito, se nutre de otra sustancia. El delito culposo se caracteriza porque el daño ya no es causado a sabiendas y con intención de dañar, sino que

---

<sup>3</sup> Se suele decir, precipitadamente, que como el Código Civil se funda en la analogía, aceptada por el art. 16, el principio de legalidad, no es estricto. Nos parece que semejante conclusión es errónea porque precisamente en la ley civil ocurre lo contrario. El principio de legalidad se halla estrictamente incorporado en el art. 1066.

<sup>4</sup> Esto no quiere decir que un hecho que comenzó siendo lícito no pueda, por exceso en los límites de la ley, ingresar al campo de la ilicitud. Sin embargo, en esta materia, no puede hablarse de grados de lo lícito y de lo ilícito. Un hecho es, o no es, lícito o ilícito, a diferencia de lo que ocurre en la culpabilidad donde el dolo es más grave que la culpa.

<sup>5</sup> Por su parte, la misma Constitución Nacional habla de hecho en el art. 18; en el art. 19 se refiere a las acciones privadas que cuando no ofenden a los bienes jurídicos que enumera, no pueden ser punibles. De ello, es posible concluir que acción y hecho son dos categorías jurídicas distintas. El Código Penal, se refiere al hecho (arts. 34, 35, etcétera). El Código Civil también se refiere a él en el art. 913, para referirse al hecho exterior manifestado por la voluntad.

<sup>6</sup> Lo que hace a la tipicidad, nos parece que sólo le interesa al Código Penal porque le interesa a la Constitución a los fines de imponer una pena (art. 18). De esta nota puede prescindir el derecho civil, por ser un derecho reparatorio, y no un derecho retributivo. El daño como tal, y que es el objeto de la reparación, no precisa ser típico. Pero el hecho que lo causa, debe, como está, y como hecho, hallarse prohibido por la ley, para que surja la nota de la antijuridicidad.

<sup>7</sup> En este sentido, Alfredo ORGAZ, *La culpa*, Córdoba, Lerner, 1992, pág. 62.

otra es la referencia; aquí el hecho por el cual se causa un daño, es por culpa o imprudencia (art. 1109) <sup>8</sup>.

Decimos que del contenido del art. 1072, surge la noción de delito, y la noción del delito doloso, precisamente por dos notas que hacen a su contenido, cuales son, por un lado, el obrar a sabiendas, y por el otro, obrar con intención <sup>9</sup>. Desde ya es posible entender que ambas expresiones se refieren, la primera, al aspecto intelectual, y al aspecto volitivo, la segunda. El dolo pues, se nutre, diremos, en su primera parte, de un conocer, de un saber, y de un propósito o finalidad como sus componentes jurídicos. Al art. 1072 le es suficiente para tener que un hecho ha sido doloso, y que es doloso, cuando el autor ha ejecutado ese hecho a sabiendas <sup>10</sup>, y con intención. El artículo en cuestión no ha contraído compromiso alguno con cualquier otro elemento extraño a estos únicos dos, relativos a la inteligencia y a la voluntad.

Mas, y siempre mirando al art. 1072, porque ya hemos dicho que no se puede mirar al art. 931 <sup>11</sup>, para considerar la estructura del dolo, acaso

---

<sup>8</sup> En el Código Penal las figuras delictivas no se estructuran en base a un obrar a sabiendas, y con la intención de dañar. Pero, es significativo que cuando la ley penal quiere referirse al delito culposo, la construcción de la figura contenga una concreta referencia a la culpa; es lo que ocurre, v.gr., con el homicidio culposo del art. 89, y es lo que ocurre en muchos delitos más.

<sup>9</sup> No es, por lo tanto, que el dolo deba ser extraído del art. 931 del Código Civil, porque éste no se refiere a la estructura del delito doloso, sino a los hechos producidos con dolo, que es cosa distinta, en razón de que el art. 931 y ss. no se refieren al dolo, y a lo que él es, o de qué se nutre o compone, sino a hechos que son ejecutados con dolo para conseguir algo de alguien, que es inducido a error, mediante maquinaciones, artificios y aserciones de que lo falso es real, de manera que así sea estimado por quien es engañado. Los penalistas podrían decir hasta qué es el dolo de la estafa. Pero el dolo no se encuentra como tal, en el art. 172 del Código Penal, sino simplemente que en él se ha previsto el delito de estafa que es doloso. Es posible encontrar en la literatura del derecho penal, autores que sostengan que el dolo civil, que creen encontrarlo en el art. 931, es distinto al dolo penal. Pero ya veremos, cuán equivocada resulta ser esta afirmación que, por otra parte, no hemos visto fundada en textos legales. No pasa de ser, a nuestro juicio, nada más que una afirmación.

<sup>10</sup> Que en su primera parte, requiere que el intelecto conozca.

<sup>11</sup> Conviene insistir en que esta disposición hace referencia a la acción dolosa para conseguir de otro, la ejecución de un acto. En la nota, Vélez Sársfield dice que la definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar.

nos podamos preguntar sobre qué se ha de saber; sobre qué se ha de conocer, para que el elemento intelectual del dolo quede satisfecho. En este punto, el Código Civil no dice qué es lo que hay que conocer; pero es posible, no obstante ese silencio, concluir que el dolo requiere que se conozca, en primer lugar, para poder obrar a sabiendas, una realidad que no es falsa, sino que esa realidad se conozca ciertamente, o que se conozca exactamente; que se conozca a ciencia segura.

Esta afirmación encuentra su base, en sentido contrario, en el error, y en la ignorancia, porque aquí, o bien se conoce falsamente, o directamente no se conoce. Lo que ocurre en ambas hipótesis, es que el autor cree conocer exactamente, o ignora a su vez, que conoce falsamente. En una palabra, desconoce el verdadero estado de las cosas, o cree conocer el verdadero estado de éstas <sup>12</sup>. Pero resulta que el art. 1072, no dice que obra con dolo el que conoce el verdadero estado de las cosas; dice que hay que obrar a sabiendas, y nada más. No obstante ser esto cierto, no es menos cierto que cuando el Código Civil quiere imputar un hecho a título de culpa, se refiere concretamente a que obra con culpa, el que por error de hecho, no conoce el verdadero estado de las cosas <sup>13</sup>. Esto autoriza al intérprete del art. 1072, a entenderlo en el sentido de que obra con dolo, el que, en primer lugar, conoce el verdadero estado de las cosas. De esto ya se puede extraer lo siguiente: el error como conocimiento, sea que se crea conocer el verdadero estado de las cosas, sea que se ignore que se conoce falsamente, impide imputar el hecho a título de dolo, precisamente, porque no se obra a sabiendas, por la existencia de un vicio que le

---

<sup>12</sup> En la nota al art. 923, se dice: «La noción exacta de una cosa puede faltarnos, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una idea falsa. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión». De ahí, es que podamos decir que aquí, lo que se conoce es el estado de cosas; mas no se conoce el verdadero estado de esas cosas. Para situarnos en una hipótesis del derecho penal, podemos decir que si quien se apodera de una cosa que cree, es propia y no ajena, sólo conocerá el estado de cosas, mas no el verdadero estado de esas cosas; para llegar a él deberá saber, además, que la cosa es ajena. Sólo así habrá obrado a sabiendas.

<sup>13</sup> Art. 929: «El error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable».

impide, al intelecto, saber de la verdad, y conocer la verdad. En el derecho civil, quien obra a sabiendas, no obra equivocadamente; de ahí es que obre con dolo, y como dice dicho art. 1072, cometa un delito.

¿Qué es lo que queda para la culpa? Si el error y la ignorancia son incompatibles en la estructura del art. 1072, podemos decir que la culpa, que se nutre del error, y en él encuentra su base. Queda sí, un cierto conocimiento: queda el conocimiento equivocado; queda la ignorancia del verdadero estado de las cosas, queda un falso conocimiento que, por ser falso, no es verdadero, pero cuya falsedad proviene de una negligencia culpable. En este sentido, hasta podríamos decir que obra con culpa, el que ha omitido el deber jurídico de verificar, antes de obrar, si se encontraba frente al verdadero estado de las cosas <sup>14</sup>. Si efectivamente ha observado ese deber, pero le ha resultado imposible o muy difícil <sup>15</sup>, captar el verdadero estado de las cosas, ese error ya no lo imputa la ley civil, y el sujeto no ha actuado con culpa, sino sin ella, y ya entonces, por consiguiente, el hecho no se podrá atribuir subjetivamente porque el Código Civil impone la obligación de reparar no solamente cuando el hecho fue contrario a derecho, sino cuando fue culpable. Desaparecida la culpa, desaparece la culpabilidad individual, y ya nada se deberá reparar <sup>16</sup>. La culpabilidad no es puramente objetiva, sino que, esencialmente, es subjetiva, tanto en el Código Civil, como en el Código Penal.

En síntesis, para obrar con dolo se requiere que el intelecto, como primera medida, conozca la verdad; sin ese conocimiento no se obrará pues a sabiendas, porque la culpa le priva a quien obra equivocadamente por error, que conozca la verdad <sup>17</sup>. Al desconocimiento del verdadero

---

<sup>14</sup> En la hipótesis de hurto en la que nos situamos en notas anteriores, si el que creyó la cosa como propia y la tomó, no verificó antes de hacerlo si esa cosa era propia o ajena, y resultó ser ajena, habrá obrado con culpa, por haber incumplido el deber de ser diligente que le impone el art. 929. Es claro, que frente al art. 1109, deber reparar el daño proveniente de un cuasi delito. Mientras, el hecho será impune en el derecho penal por no hallarse previsto el hurto culposo.

<sup>15</sup> Véase, Código Civil, nota al art. 929.

<sup>16</sup> Art. 1109: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, est obligado a la reparación del perjuicio...».

<sup>17</sup> Decimos en el texto que obra con dolo el que conoce, en primer lugar, el verdadero estado de las cosas. Pero conforme a lo que «a sabiendas» significa, resulta ser

estado de las cosas se puede llegar por negligencia o por imprudencia, o mediante cualquier otra forma que traduzca que, por estar presente en el momento del hecho, el autor no conoció, por la influencia del error o de la ignorancia, sobre el estado verdadero de las cosas <sup>18</sup>.

Desde luego que no todo error determina que el dolo se elimine, y dé paso a la culpa; el mismo Código Civil indica que la imputación debe ser por culpa, cuando el error sea esencial (art. 924), y cuando sea evitable (art. 929) <sup>19</sup>. Si, por el contrario, es accidental, vale decir, cuando no recae sobre la naturaleza de las cosas, ese falso conocimiento no impedirá que se conozca, a su vez, el verdadero estado de las cosas <sup>20</sup>.

El dolo se nutre de un elemento más; se compone del segundo y último elemento: la intención; la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

---

que esta expresión encierra algo más. Quiere referirse, también, a considerar, de manera atenta y detenidamente, el pro y el contra de las decisiones antes de ser adoptadas por uno mismo. En síntesis, diremos que a la par del conocimiento, se manifiesta, además, en una cuestión valorativa, porque en esto se traducen los pro y los contra de la decisión a tomar, o ya tomada. Con ello, el dolo previsto en el art. 1072, deja de ser un puro saber o conocer, sino que importa una actitud que, unida a la intención, le dan al hecho del autor un contenido que importe haber valorado el sentido del hecho, conforme a esos pro o a esos contra. En una palabra, obrar a sabiendas, significa que la decisión tomada en relación al hecho mismo, se halla ligada a una idea de obrar bien o de obrar mal. Señalemos por último, que el referido art. 1072 no construye el concepto de delito en un puro conocer, en un puro entender, o en puro saber. Si eso hubiera ocurrido, el dolo no estaría relacionado o vinculado con el mal o con el bien. Sería un dolo sin vínculo con los valores. Por eso, no nos parece del todo adecuado, aquel concepto que se traduce en decir que «obra con dolo el que sabe lo que hace». Ello, en razón de que el que en error obra, también sabe lo que hace; lo que no sabe, es qué hace realmente. No obstante, puede parecer algo exagerado, vincular el a sabiendas, con la ilicitud del hecho, en el sentido de que el autor del hecho debiera tener conciencia de que realiza un acto contrario a derecho. En este sentido, Alfredo ORGAZ, *La culpa*, Córdoba, Lerner, 1992, pág. 62.

<sup>18</sup> En cierta forma, cuando se dice que la culpa consiste en obrar con negligencia o imprudencia, no se dice en qué consiste la culpa, sino que se apela a las formas de la culpa que es, desde nuestro punto de vista, otra cosa.

<sup>19</sup> También llamado error vencible.

<sup>20</sup> Para situarnos en una hipótesis del derecho penal, el homicidio será un homicidio doloso, toda vez que el autor, por querer matar a una persona, se equivoque, y por error, ultime a otra.

¿Qué es la intención? Lingüísticamente, ser la determinación de la voluntad en orden a un fin. Dentro del art. 1072, será en orden a dañar la persona o los derechos de otro. Pero, y dogmáticamente ¿qué es? Por de pronto, es un elemento del hecho voluntario definido en el art. 897 del Código Civil que precisa, además, y para ser tal, del discernimiento y de la libertad. De manera pues, que si por falta de intención, el hecho deja de ser voluntario, mal se podría hablar de dolo, en razón de que los hechos involuntarios, al estar privados de la intención nunca podrán ser dolosos; ni siquiera son, como lo requiere el Código Civil, hechos voluntarios.

Pero, dice el Código Civil ¿qué es la intención? Dice, en orden a lo que regula, que el delito es un acto ejecutado con intención; dice que el acto cometido con intención es voluntario, dice que el acto ejecutado a sabiendas y con intención de dañar, es delito doloso, y dice, finalmente, que el acto debe ser considerado practicado sin intención, cuando fuere hecho por ignorancia o error. El error pues, tiene un doble efecto: impide saber del verdadero estado de las cosas, por una parte, y priva de intención al hecho cometido en tales circunstancias. Si no hay intención, no hay dolo; no hay delito para el art. 1072 del Código Civil, aunque pueda existir un remanente culposo cuando el error sea vencible. En este caso, será posible hablar de cuasi delito, o simplemente, de delito culposo. De esto puede deducirse que, además de pertenecer la intención al aspecto volitivo, pertenece al dolo, y que el dolo se ve excluido cuando medie error. También puede deducirse que la culpa, que es la que da lugar al cuasi delito, es absolutamente incompatible con la intención <sup>21</sup>.

Hemos dicho que para que se pueda hablar de dolo, es preciso que el hecho sea, antes, un hecho voluntario. Según el art. 897, es tal el que además de ser cometido con discernimiento, es ejecutado con libertad. Es que también, sin la presencia de este elemento, el acto será involuntario.

---

<sup>21</sup> Es posible verificar que hasta las palabras de la ley son distintas cuando se trata de un delito doloso, y cuando se trata de un cuasi delito, o delito culposo. Cuando ocurre lo primero, puede decirse, conforme lo autoriza el art. 1072, que la persona o los derechos de otro, son dañados porque se obra a sabiendas y con intención. Esto no ocurre, como lo establece el art. 1109, porque cuando se obra con culpa, se causa un daño o el daño es causado.

¿Qué es la libertad en relación al acto voluntario? Nuevamente el Código Civil no dice en qué casos hay libertad, sino que se encarga de decir cuándo y en qué hipótesis, no habrá libertad. Y en este sentido, la libertad queda excluida, y el hecho será involuntario, cuando su autor se halle intimidado por injustas amenazas (art. 937). Es que cuando se causa un temor fundado de sufrir un mal inminente o grave, la libertad de la voluntad ya no es libre, y se halla coacta. El coacto quiere (*coactus voluit*), pero ya no es libre de querer o de no querer, o de dejar de querer, o de dejar de no querer<sup>22</sup>. No quiere, eso sí, que se lleve a cabo el mal de la amenaza<sup>23</sup>; y sin libertad para no querer, o de no querer, quiere a su vez, el acto impuesto, no ya por la fuerza física irresistible, sino, precisamente, por las amenazas de sufrir un mal grave e inminente<sup>24</sup>. En una palabra, mientras en el error, la nota dominante era el equívoco, la falsedad, o la ignorancia, aquí el aspecto dominante es el miedo, caracterizado a su vez en el art. 938, como una fuerte impresión<sup>25</sup>.

Cuando se ha amenazado a alguien porque se le han prometido males graves e inminentes, el efecto no es otro que el que determina a su vez el art. 922 del mismo Código Civil, en el sentido de que lo que haga el atemorizado, se tiene como un hecho involuntario. Al igual que lo que sucedía en el error, el efecto será excluir el dolo, y ya no podrá ser invo-

---

<sup>22</sup> Es que la amenaza lo seguirá como la sombra sigue al cuerpo.

<sup>23</sup> Es que trata de salvar al bien protegido de que se trata, mediante el cumplimiento de lo que se le exige a cambio. El dilema se halla, y por eso se encuentra violentado, en que si no ejecuta el hecho, el mal de la amenaza se ejecutará en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendiente, o ascendiente (art. 937 Código Civil. La nota se encarga de decir que la enumeración no es limitativa).

<sup>24</sup> La fuerza física irresistible se halla en el art. 936 del Código Civil, que tiene el efecto de privar de libertad al que la sufre. En el art. 34, inc. 2, 1ª parte Código Penal. Mas la fuerza física irresistible no hace a la culpabilidad; hace a la comisión del hecho, mejor dicho a la no comisión del mismo, y a los problemas de la causalidad.

<sup>25</sup> Mientras el error tenía su incidencia en el intelecto, las amenazas tienen su sede en los afectos; particularmente en el miedo. Esto es lo que toma en cuenta la ley civil y la ley penal, que no requieren por otra parte, que los estadios afectivos deban llegar al terror o al espanto, porque éstos, al ser más profundos, inciden en el plano del discernimiento, y conducen, sea por inconciencia, sea por alteración de las facultades mentales, a la pérdida del uso de la razón.

cado el art. 1072, porque éste supone, en todo caso, que el hecho sea voluntario, y no involuntario.

Formalmente pues, diremos que el delito en el Código Civil, es el hecho antijurídico y culpable. Que la antijuridicidad, como su elemento, surge del art. 1066, y que la excepción a ella, se encuentra en el art. 1071, en razón de que el hecho quedará justificado por el cumplimiento de una obligación legal, o el ejercicio regular de un derecho. Que la definición material jurídica expresada en el art. 1072, hace referencia al delito doloso, el cual se nutre de dos componentes que hacen al aspecto intelectual, y al aspecto volitivo. Que el error tiene el efecto de eliminar el dolo porque impide conocer el verdadero estado de las cosas, e impide al sujeto que lo padece, de observar una actitud valorativa en relación a lo que es malo y a lo que es bueno. Que las amenazas inciden en el plano de la voluntad, e impiden que el sujeto guarde una actitud libre. Que tanto el error, como las amenazas determinan que el acto sea involuntario. Que la base de la culpa se encuentra en el error de hecho, cuando éste, además de ser esencial, sea vencible. Que por debajo de la culpa, esto es, cuando el error esencial ha sido invencible, no existe responsabilidad subjetiva, y que sin ella, no existirá obligación de reparar el daño, aunque el hecho dañoso resultase contrario a derecho (art. 900 Código Civil).

Dijimos al comienzo, que al intérprete del derecho penal, la tarea de saber qué es el delito en el Código Penal, le era hasta cierto punto más difícil, sencillamente porque el Código no suministraba un concepto de lo que es el delito, y que para extraer su concepto debía apelarse al contenido del art. 34, disposición que permitía obtener el siguiente concepto: delito es un hecho antijurídico y culpable. Es el primer objeto de conocimiento del derecho penal <sup>26</sup>.

Al igual que en el Código Civil, la antijuridicidad es la relación de contradicción entre el hecho y la ley <sup>27</sup>, relación que es impedida cuando

---

<sup>26</sup> Sin ese conocimiento sería imposible saber, por ejemplo, cuándo un homicidio, como hecho de matar a otro, es el delito de homicidio, por ser, ese hecho, un hecho antijurídico y culpable.

<sup>27</sup> En sentido lato, no basta que, por ejemplo, que alguien hubiese matado a otro. Ese hecho es típico para el art. 79 del Código Penal. Cuando el verdugo mata a otro en el

ocurre una causa de justificación que, al igual que lo que ocurre en aquel Código, encuentra su base fundamental, en el ejercicio legítimo de un derecho, o en el cumplimiento de un deber legal <sup>28</sup>.

Vamos a detenernos en la culpabilidad. En este aspecto, es posible vincular espiritual o subjetivamente al hecho antijurídico a su autor, por medio del inc. 1 del art. 34. En la parte que nos interesa en esta oportunidad, podemos preguntarnos por el dolo, y también por la culpa.

Advertimos, que este inciso hace referencia al error y a la ignorancia de hecho. En primer lugar, ¿qué dice el Código Penal de uno y de otra? Es comprobable que nada dice al respecto, de manera que si nada ha dicho, el intérprete del derecho penal deber recurrir, necesaria, e inexorablemente al Código Civil para saber qué es el error, y qué es la ignorancia <sup>29</sup>. Así, el Código Penal tiene por cierto que el error es el falso conocimiento de las cosas y que la ignorancia es no tener idea de alguna cosa. La equivocación, y el no saber, impiden que se conozca el verdadero estado de las cosas y que se conozca solamente un estado de éstas. En el error se cree conocer ese verdadero estado y se ignora, por lo tanto, que se desconoce el verdadero estado de las cosas <sup>30</sup>.

¿Cuáles serán los caracteres del error, de este error que menciona el art. 34, inc. 1? Esta disposición ha mencionado a uno: el error y la ignorancia, han de ser de hecho. ¿Será por ello que para el derecho penal, cuando el error sea accidental, tendrá el valor de impedir que el hecho sea punible? <sup>31</sup>. ¿Será que el error de hecho esencial y vencible impide la punibilidad? Evidentemente que ya no, porque el inc. 1 se encarga de

---

cumplimiento legítimo de su cargo, no comete el delito de homicidio; simplemente, comete un hecho típico, previsto como tal, en la ley.

<sup>28</sup> Art. 34, inc. 4 Código Penal.

<sup>29</sup> Después de todo, no es un pecado para ningún intérprete de la ley, recurrir a la misma ley para descubrir conceptos, y descubrir el sentido y el alcance de las normas jurídicas. El pecado sería negar que el conocimiento de las normas jurídicas, y su sentido y alcance pudiera ser extraído por medio de una interpretación sistemática.

<sup>30</sup> El que se lleva una cosa creyéndola propia, se lleva en verdad, una cosa ajena, ignorando a su vez, que no es propia sino que es ajena.

<sup>31</sup> ¿Podrá decirse que cuando un sujeto mató a una persona y luego resultara que mató a una persona distinta, ese error impide la punibilidad?

establecer que la ignorancia o el error de hecho, no han de ser imputables; vale decir, atribuibles. ¿Y cuando en el Código Civil, el error era imputable? En principio, y como regla general, el error de hecho no perjudicaba pero no podía invocarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas provenía de una negligencia culpable (art. 929). Así como el error invencible no puede ser atribuible, el error vencible es imputable, e imputable tanto en el Código Civil como en el Código Penal. Hasta aquí vemos de qué manera funcionan armónicamente y al unísono, las normas civiles y las normas penales. Hasta no habría necesidad de decir que en el Código Penal, el error es un vicio del intelecto porque hace al conocer, al igual que ocurría y ocurre en el Código Civil.

Habíamos dicho que el saber sobre el verdadero estado de las cosas, era distorsionado por el error, y que es distorsionado también en el Código Penal. Dijimos que la definición de delito doloso del art. 1072, se refería a un obrar a sabiendas, y que éste «a sabiendas» no se identificaba totalmente con el saber, ni con el conocer, porque si eso hubiera ocurrido, al art. 1072 le hubiera bastado con decir que el delito es un hecho cometido, simplemente con conocimiento y con intención. Pero, sin embargo, emplea con la suficiente energía, el término «a sabiendas», con lo cual - ya también hemos hecho alusión a ello-, la ley civil se refería y se refiere a una actitud valorativa, en el sentido de que esa expresión se halla orientada a captar lo que el hecho encierra para el autor, en relación al bien y al mal. Esa actitud valorativa es la que permite el discernimiento. Obraba con dolo en la ley civil, el que sin error, tenía la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

Pues bien: ¿Qué valor tiene el error en el Código Penal? El error, cuando es de hecho, y esencial, aunque fuere imputable tiene la virtud de impedirle a quien ejecuta el hecho, que comprenda la criminalidad del acto. Hasta se puede decir que el error, en el Código Penal, impide que el sujeto obre a sabiendas, porque obrar a sabiendas, como actitud referida a lo que es malo, es comprender la criminalidad del hecho <sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> El Código Civil no pudo, según nuestro criterio, incluir en el art. 1072 la referencia a la criminalidad del hecho, en razón de que sólo se ocupa de la reparación, y no de la retribución. Recuérdese, que el error de hecho en el art. 34, es impedir la criminalidad del hecho, expresión propia del derecho penal.

Así como no obra a sabiendas quien se equivoca por efecto del error, y por ello, no obra con dolo, tampoco obra a sabiendas quien estima, por no conocer el verdadero estado de las cosas, que obra bien, cuando en realidad, objetivamente, obra mal. A este obrar malo, el Código Penal se refiere con la expresión «criminalidad del hecho». Nadie puede comprender la criminalidad del hecho u obrar a sabiendas, cuando obra en error o en ignorancia de hecho.

¿Cuándo el error ya no será imputable? El Código Penal tampoco se detiene en esto. Pero no quiere ello decir que el intérprete carezca de la posibilidad de recurrir, nuevamente, a la ley civil. El error de hecho ya no es imputable, cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas ha sido invencible (art. 929, Código Civil), o insuperable. Y así como el error de hecho esencial e invencible, tenía la virtud de eliminar hasta la culpa en el Código Civil, otro tanto ocurrirá en el Penal porque en ese caso, ya no será imputable y por no serlo, no habrá culpa, y el hecho no será punible.

A la culpa la habíamos encontrado en el Código Civil, en el art. 929, cuando esta norma, refiriéndose al error de hecho, lo declaraba alegable, a condición de que el desconocimiento del verdadero estado de las cosas no fuera atribuible a una negligencia culpable. Determina el Código Penal, ¿qué es la culpa o cuál es su base? El Código Penal se refiere a la culpa en más de una disposición de la Parte Especial. Pero no nos dice, no da respuesta a la pregunta, en razón de que, para reprimir un hecho a título de culpa, utiliza las formas en que la culpa puede manifestarse; así, habla de negligencia, imprudencia, etcétera.

¿Cuál es entonces la base de la culpa en el Código Penal? No habrá otra posibilidad de admitir que la base se encuentra en el error de hecho vencible, porque en este caso, éste es imputable; elimina el dolo, pero es imputable porque el hecho se habrá cometido con culpa. Y de esto resulta ser que lo que eliminaba el dolo en el Código Civil, sirve, precisamente, para eliminar el dolo en el Código Penal.

En síntesis, en el Código Civil, el dolo queda excluido por el error de hecho vencible, porque éste le impedía al sujeto, que obrase a sabiendas. El mismo error de hecho vencible sirve en el Código Penal, para que el autor del hecho no comprenda la criminalidad del acto. Cuando se obra a sabiendas, no se padece de un error de hecho esencial; cuando se com-

prende la criminalidad del acto, ocurre exactamente igual: no se padece de un error de hecho esencial <sup>33</sup>.

Dijimos, casi al comienzo, que el art. 1072 del Código Civil hacía referencia expresa a un elemento intelectual, y a un aspecto volitivo. Hemos verificado que el art. 34 inc. 1 hace referencia a un aspecto intelectual. Veamos, ahora, si el Código Penal contiene al restante.

Ese aspecto se halla previsto no ya en el inc. 1, sino en el inc. 2, segunda parte, cuando la ley penal establece que no es punible, el que hubiese sido violentado <sup>34</sup> por amenazas de sufrir un mal grave e inminente <sup>35</sup>. Se halla previsto pues, el aspecto volitivo; el que mira, al igual de lo que ocurre en el Código Civil, a la libertad de la voluntad, o a la libertad de la dirección de las acciones. El individuo ya no gobierna su voluntad cuando alguien, un tercero, le ha infundido miedo; es decir, se ha valido de las amenazas para coaccionarlo, ya que aquéllas le han causado una fuerte impresión (art. 938, Código Civil).

¿Indica el Código Penal que las amenazas del inc. 2, sean distintas de las amenazas del art. 937 del Código Civil? Si se repasan nuevamente los arts. 77 y 78 de aquél, se verificará que, al respecto, la ley penal no ha dicho absolutamente nada en tal sentido. Y si ello es así, el intérprete del inc. 2 del art. 34, deberá ocurrir otra vez a la ley del derecho privado para extraer de ella el sentido y el alcance de estas amenazas de la ley penal. En la ley penal, un sujeto se halla intimidado, es decir, violentado por la amenaza -que no le priva de la comprensión del hecho, pero lo violentan en su libre voluntad-, cuando los males prometidos, sean inminentes, graves e injustos, de manera tal que hubiesen podido, racionalmente, causar en el destinatario, una fuerte impresión.

A nuestro entender, llegamos pues a verificar que en uno y en otro cuerpo legal, tanto el error como las amenazas, pertenecen a la estructura del dolo, porque inciden en el intelecto o en la voluntad.

---

<sup>33</sup> Damos por cierto que en ambos códigos, el error accidental no elimina ni el obrar a sabiendas, ni la comprensión de la criminalidad.

<sup>34</sup> Esta enérgica expresión no comprende al temor reverencial. Art. 940 Código Civil.

<sup>35</sup> Aunque la redacción pueda guardar alguna semejanza con el estado de necesidad, la diferencia sistemática está en que el amenazado comete un hecho ilícito; el que actúa en estado de necesidad, el hecho queda justificado.

¿Podemos intentar un concepto formal de dolo? En tal sentido, podemos decir que obra con dolo el que sin error de hecho ni coacción, ha obrado a sabiendas, y ha dirigido libremente su voluntad. ¿Podemos intentar un concepto formal de culpa? Obrará con culpa el que, al momento del hecho, por error esencial pero vencible, no ha podido obrar a sabiendas, mas ha causado un daño que debe reparar. ¿Podemos decir cuándo un sujeto no ha obrado con culpa? Podemos decir, al respecto, que ya la culpa desaparece, cuando la persona ha obrado en error de hecho esencial e invencible (art. 929 Código Civil).

¿Podemos construir un concepto de dolo en el Código Penal? ¿Podemos decir que un sujeto obrará culpablemente con dolo, cuando sin error de hecho, y sin coacción, comprendió la criminalidad del acto y dirigió libremente sus acciones? ¿Podemos construir un concepto de culpa en el Código Penal? Obrará con culpa quien, por error de hecho esencial pero vencible, no ha podido comprender la criminalidad del acto. Finalmente, ¿cuándo un sujeto no obrará con culpa? Podremos decir, al respecto, que no hay culpa, cuando un sujeto obró en error de hecho esencial e invencible.

Pues bien, ¿qué resulta de todo esto? Resulta que en el sistema del Código Civil, y en el sistema del Código Penal, el concepto de culpabilidad es uno y único: es unitario. La prueba de ello la proporcionan tanto el error como la coacción, que sirven, cada uno y en su caso, para privarle al sujeto, obrar a sabiendas o comprender la criminalidad del acto, y para privarle al sujeto, del gobierno de la libre voluntad. Si estas dos causas sirven para obrar culpablemente, y para que la culpabilidad sea dolosa, o cuando media error, que la culpabilidad sea culposa. ¿Puede quedar algo todavía para decir que el dolo penal es distinto al dolo civil y viceversa, o que la culpa penal es diferente a la culpa civil, o viceversa? <sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Cuando un sujeto sea condenado por haber cometido un homicidio culposo, ¿mandará la sentencia civil del tribunal penal, que la reparación de daños sea por haber cometido ese hecho en los términos del art. 1072 del Código Civil? ¿No será cierto que la sentencia civil que pronuncie un tribunal del crimen fundará esa sentencia civil en el art. 1109? Cuando un sujeto sea absuelto en sede penal por haber obrado sin culpa, en razón de que el error de hecho fue esencial e invencible, podrá aplicarse en el aspecto civil el art. 1109? Cuando un sujeto sea condenado penalmente por haber matado con dolo, ¿podrá el tribunal mandar la reparación civil por aplicación del art. 1109?

Después de todo, ¿qué queda para los que ven que la culpabilidad requiere todavía un juicio de reprochabilidad fundado en la exigibilidad o de no exigibilidad de otra conducta? <sup>37</sup> ¿Qué es lo que queda para aquellos que consideran al dolo como intención, como el querer? Quedar, como dicen, un dolo avalorado, conclusión que es incompatible con la estructura de esta forma de culpabilidad.

---

<sup>37</sup> Ya no será suficiente, en este sentido, que el autor obre a sabiendas y con intención. Puede ello ocurrir, y sin embargo, aquél no será culpable porque otra conducta no le era exigible. En este sentido, ¿le era exigible al náufrago que arrebatara al otro naufragado la tabla, y el que estaba a salvo muere en el mar por ello? ¿Le era exigible que se dejara morir? Como la respuesta se hace francamente negativa, no se podrá reprochar este hecho, y entonces, y por ello, la conducta será impune. Pero, y nos preguntamos ¿en qué norma jurídica se apoyará esta solución? No parece que en alguna porque nuestro derecho no contempla, como causal de no punibilidad este criterio suprallegal.



## EXTRATIVISMO Y ACTIVIDAD AGRARIA

por FERNANDO P. BREBBIA \*

Eminentes agraristas brasileños, Raymundo Laranjeira y Giselda María Fernández Novaes Hironaka han sostenido en brillantes exposiciones que el extrativismo debe ser considerado como actividad agraria <sup>1</sup>, incluyéndolo en su clasificación, considerando que las dimensiones del territorio nacional de Brasil permiten el surgimiento de una gama de situaciones con características propias, diversas entre sí, y que exigen, consecuentemente, un tratamiento doctrinario y legislativo especial, flexible y dotado de elasticidad que permita contemplar todas y cada una de sus circunstancias; agregan que en los países europeos no se repara en el ejercicio de las actividades extractivas por la simple razón de que en ellos no existen más productos nativos, especialmente en el reino vegetal, y que el pequeño número que podían ser considerados como frutos de una generación espontánea no tienen por otra parte significado económico que justifique un cuidado especial de los agraristas y de los legisladores en el sentido de insertarlas entre las actividades agrarias. Consideran, además, que la situación del Brasil es diametralmente opuesta, toda vez que la captura de productos nativos todavía posee importancia y relieve suficientes para exigir de la ley y de la doctrina una atención especialísima <sup>2</sup>.

---

\* Académico correspondiente en Rosario.

<sup>1</sup> Raymundo LARANJEIRA, *Propedéutica do direito agrário*, 2ª ed., L.T.r., 1981, San Pablo; Giselda María FERNÁNDEZ NOVAES HIRONAKA, «O extrativismo como atividade agrária», *Direito agrário brasileiro*, L.T.r., San Pablo, 2000.

<sup>2</sup> LARANJEIRA confirma el criterio de esta autora y en su obra citada (pág. cit.) menciona un número importante de éstas.

Recordamos que el agrarista argentino Antonino Carlos Vivanco incluye a estas actividades como accesorias teniendo un carácter secundario en relación con las actividades principales productivas.

Contrariamente Laranjeira, como recuerda nuestra autora, en una conferencia pronunciada en Costa Rica afirma que el extrativismo constituye una actividad esencial y que debe ser concebida como tal. Expresa que por tales razones en Brasil puede considerarse a la actividad extractiva en un cuadro clasificatorio de las actividades agrarias ya como actividad accesoria o bien como actividades principales de acuerdo con el grado de proyección que ellas posean.

La actividad extractiva siguiendo siempre la exposición de la profesora Hironaka, consiste en la simple recolección, recogida, extracción o captura de productos del reino animal o vegetal, espontáneamente generados y en cuyo ciclo biológico no hubo intervención humana. Señala que otro eminente agrarista brasileño Fernando Pereira Sodero, entiende que el extrativismo, que puede ser animal o vegetal, implica recolección de frutos o productos de los dos reinos de la naturaleza, cuando no ha existido activa participación en el proceso agrobiológico de producción<sup>3</sup>. La profesora Hironaka estima que, no obstante no existir una interferencia directa del hombre en la germinación o nacimiento de todo el ciclo biológico, la mera actividad de extracción o captura ha de ser considerada agraria ya que se trata de cualquier forma de una producción de la tierra, del agro, de carácter indiscutiblemente rural y no por eso se pierde un contorno nítido de «actividad agraria propiamente dicha» o bien de actividad agraria esencial como prefiere llamarla Laranjeira.

Por lo expuesto, afirma Laranjeira que *«por lo menos en nuestro país no se puede negar la agrariedad de las operaciones extractivas de los recursos fundiarios nativos»*. También este autor distingue entre agricultura y actividad agraria, afirmando que ésta es el género que viene a configurar otra vertiente típica de la actividad agraria sin confundirse con la agricultura.

---

<sup>3</sup> Fernando PEREIRA SODERO, «Extrativismo vegetal o animal» en su obra *Direito agrario*, Enciclopedia Saraiva do Direito, vol. 36, pág. 12.

El agrarista bahiano considera que las actividades agrarias son la suma de tareas conducidas por el hombre sobre el agro tendientes a dar uso u obtener provecho de los bienes agrarios pudiendo establecerse que las actividades agrarias son el género, siendo sus especies la actividad de producción, de conservación de los recursos naturales renovables y de la actividad agraria de experimentación. Agrega que estrechamente vinculada a éstas encontramos también actividades complementarias de la actividad agraria y, entre ellas, menciona a la actividad agraria de producción que comprende a la agricultura, pecuaria, hortigranjera, el extrativismo y explotación forestal. Entre las explotaciones rurales típicas ubica a la actividad agrícola, pecuaria, la cría de animales comprendiendo especies de gran y mediano porte, la hortigranjera o hortifrutigranjera compuesta de pequeñas tierras, el extrativismo, o sea la extracción de productos de origen vegetal o animal que nunca fueron tratados o cultivados por lo que se contrapone a la noción de «cultura» porque el cultivo requiere siempre un esfuerzo organizado y cuidados preparatorios siendo, por el contrario, productos silvestres, nativos, ofrecidos al hombre por la naturaleza sin mayor trabajo de éste, el que puede ser dividido en extrativismo vegetal o animal; en cuanto a los productos extractivos animales surgen de tareas de caza y pesca.

Por tal motivo, tratándose de utilización económica de productos de la tierra en un fundo, ciertas parcelas de fauna silvestre o acuícola deben ser consideradas como objeto de actividad agrícola.

La reforma constitucional de 1964 llevada a cabo en Brasil otorgó a la Unión Federal competencia en toda la materia agraria lo que permitió como es sabido, la sanción en noviembre del mismo año de la ley 4504 llamada «Estatuto de la tierra» que ha tenido una importancia singular para el desarrollo del derecho agrario en el país hermano sobre todo porque de esta manera la actividad de producción deja de ser un simple ejercicio del derecho de propiedad<sup>4</sup>, constituyendo una verdadera definición legal de la empresa caracterizada por la actividad ejercida: agricultura, silvicultura, pecuaria, agroindustria, e industrias extractivas vegetales o animales y, de este modo, Brasil pasó a ser el único país americano

---

<sup>4</sup> Lucio COUTO, «Tipificacao da Empresa Rural», Rev. Direito Agrario, N° 2, Inca.

que introdujo esta noción fundamental de empresa en el derecho agrario americano, asumiendo relieve el fundo rústico como elemento esencial. Germanó ha podido, por lo tanto, destacar el relieve que tiene la agricultura en el país hermano y su función social como también la equiparación del sector agrícola con el comercial e industrial <sup>5</sup>. En el art. 4º, inc. 1, la ley citada define al predio rústico de área continua, cualquiera sea su localización que se destine a la explotación extractiva, agrícola, pecuaria o agroindustrial y en el art. 14 dispone que el poder público facilitará y prestigiará la creación o expansión de empresas rurales que tengan por finalidad el racional desenvolvimiento extractivo, agrícola, pecuario, o agroindustrial. Igual numeración contienen los arts. 24, 96 y 103.

La enumeración de las actividades agrarias que incluye como hemos visto a la explotación extractiva interfiere notablemente con las legislaciones europeas (y americanas) en las que esta categoría no sólo no existe, sino que, por el contrario, es categóricamente rechazada de lo que resulta que Brasil adopta una visión totalmente distinta a la de los países europeos.

Esta universal postura que no reconoce al extrativismo como actividad agraria es compartida como hemos visto por la doctrina y Giovanni Galloni <sup>6</sup> ha señalado «*que no existe empresa agrícola sin una actividad de cultivación del fundo que comprenda un completo ciclo biológico y, por lo tanto, no hay actividad agrícola que no comprenda un entero ciclo de producción*» o aquella dirigida puramente a la recolección de frutos que, como dice Carrozza, ella no basta; Bassanelli, a su vez, considera que la silvicultura no es cualquier extracción de madera de un bosque pues ello implica su cultivo y debe excluirse la simple recolección de frutos. Igual consideración ha adoptado la doctrina española antes y después de editada la ley de modernización de la agricultura: Alberto Ballarín Marcial expresa que la agricultura no es industria extractiva y Soldevilla, afirma que las actividades extractivas quedan excluidas. Vattier Fuenzalida, a su vez, estima que la actividad agraria puede ser definida como el conjunto de trabajos necesarios para la obtención de productos

---

<sup>5</sup> Alberto GERMANÓ, *Rivista di Diritto Agrario*, 1988, fasc. 4.

<sup>6</sup> Giovanni GALLONI, *Lezioni sul diritto dell' impresa agricola*, Nápoles, Liguori Editore, 1984.

agrícolas, ganaderos y forestales, y está claro que los productos no son los frutos espontáneos de la tierra o del ganado, sino los debidos a la obra del hombre. Agustín Luna Serrano, a su turno, enseña que las actividades agrarias propiamente dichas son las de carácter productivo y es por esta razón que se excluye a la minería o cualquier otra actividad económica extractiva ya que ésta ha de referirse siempre a la producción.

Esta posición diferenciada del Brasil, en cambio, como la define Laranjeira en ocasión del II Congreso de Umu (Costa Rica, 1994) debe entenderse en el sentido que consiste en tomar los productos nativos del agro lo que importa un hecho en que el hombre jamás ha participado en la génesis de los recursos obtenidos, y que tampoco presupone que el mismo deje de tener necesariamente cuidados complementarios durante su evolución y hasta el momento de su aprovechamiento.

En igual sentido, el decr. 55.891 reglamentario del Estatuto hace referencia a la explotación de florestas naturales o cultivadas. Hemos visto que la doctrina brasileña opina coincidentemente que el extrativismo constituye, en cambio, una actividad esencial agraria y que el maestro Laranjeira afirma que existiendo en el país condiciones especialísimas de sus ecosistemas, el agroextrativismo pasará a despertar una atención incisiva como actividad de producción agraria cuando exista una gran cobertura arbórea y una gran masa de vegetación natural concentrada en determinados lugares. Por ello, nuestro agrarista fundamenta su postura en que el extrativismo como actividad agraria se revela como una tarea productiva toda vez que el extractor, productor extrativista puede organizar el proceso de producción con el objetivo de obtener productos espontáneos del agro y agrega que el agroextrativismo no puede dejar de ser parte de nuestra disciplina jurídica y deberá estar apuntada, sin la menor duda, en el desenvolvimiento sustentado de los recursos naturales renovables, pudiendo decirse que se transforma en actividad de cultivo racional. Ya hemos visto que Fernando Pereira Sodero y la profesora Hironaka se pronuncian en el mismo sentido con importantes argumentos.

En una posición ecléctica el jurista brasileño Fernando Campos Scaff<sup>7</sup> ha sostenido que el extrativismo está fuera del elenco de las actividades agrarias principales, genéricamente ligadas al cultivo de vegetales o a la cría de animales, y que cuenta siempre como necesaria la participación

---

<sup>7</sup> Fernando CAMPOS SCAFF, *Aspectos fundamentais da empresa agraria*, San Pablo, Malheiros Editores Ltda., 01-1997.

humana; agrega que, por otro lado, nada impide que una determinada actividad extractiva sea, en el ámbito de una determinada empresa considerada agraria por conexión.

La posición precedentemente mencionada de Campos Scaff viene a coincidir, en cierto modo, con el criterio expuesto por el agrarista argentino Antonino Carlos Vivanco y también en opinión del primero de los autores citando al propio Galloni cuando destaca *«que la recolección de productos espontáneos venga de parte de un propio empresario que realice una actividad de cultivo del fundo se puede hablar de actividad agraria por conexión con la organización de una empresa agraria»*, criterio que no compartimos.

En cuanto a la opinión de Vivanco debe señalarse que luego de afirmar que la actividad agraria por excelencia es la productiva, agrega después que una vez reseñada la materia esencial de la actividad agraria corresponde analizar las actividades accesorias indicando que éstas corresponden a las actividades extractivas de productos vegetales o animales o directamente de vegetales o animales; y la capturativa, como la caza y la pesca. Agrega que la primera es una actividad accesorial en razón de que por medio de ella, se logra combatir y, a veces, alejar o extirpar especies animales dañinas que por su acción perjudicial, afectan a la producción agrícola y ganadera <sup>8</sup>.

Como dejamos expuesto, alguna doctrina considera hoy que puede recurrirse al criterio de conexidad para llegar a la conclusión que sostienen considerando que en estos supuestos mencionados precedentemente es factible recurrir al criterio de la conexidad entre uno y otro tipo de actividad agraria.

Ahora bien, en el viejo Código italiano de 1942 las actividades conexas se reputaban tales cuando estaban dirigidas a la transformación y alienación de productos agrícolas que resultaran del ejercicio normal de la agricultura y estaban limitadas a estos supuestos. La reforma del viejo texto que se sanciona con la ley 57 de 2001 delega en el gobierno mediante sendos decretos legislativos, a saber: decr. 226 para el sector de la pesca, 227 para el sector forestal y 228 para sector agrícola lo que importa serias modificaciones del texto originario señalado.

---

<sup>8</sup> Antonino C. VIVANCO, *Teoría de derecho agrario*, La Plata, 1967, t. I, pág. 23.

En el nuevo texto, en el inc. 1 párrafo 2º, se expresa ahora que se entiende por conexas la actividad dirigida a la manipulación, conservación, transformación y valorización que tenga por objeto productos obtenidos prevalentemente de la cultivación del fundo o del bosque o de la cría de animales, como también las actividades dirigidas a la provisión de bienes o servicios mediante la utilización prevalente de equipos o recursos de la hacienda normalmente empleadas en la actividad agraria <sup>9</sup>.

Cabría observar que la ley 7064 de 1987 de Costa Rica se refiere también a las actividades agrícolas, pecuarias, acuícolas y extractivas de productos del mar aunque más tarde el reglamento define a la actividad productiva consistente en el desarrollo de un ciclo biológico vegetal o animal ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y los recursos naturales que se traduce económicamente en la obtención de productos vegetales o animales destinados al consumo directo o sus transformaciones, reproduciéndose la teoría agrobiológica del maestro Antonio Carrozza.

En la Argentina la ley que reglamenta el régimen del trabajo rural se refiere a «tareas vinculadas principal o accesoriamente con la actividad agraria en cualesquiera de sus especializaciones, tales como la agrícola, pecuaria, forestal, avícola o apícola».

Y en el anteproyecto del Código Rural para la provincia de Santa Fe que reemplazaría al vigente que rige desde 1901, define a la actividad agraria como a la industria genética consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de los frutos destinados al consumo directo, o previa a una o múltiples transformaciones, o a su comercialización, cuando resulte del ejercicio normal de la agricultura y que consiste en el cultivo de vegetales, comprendida la silvicultura, la cría o mejora o internada de toda especie animal y de las actividades conexas cualesquiera fuera el lugar donde ella misma se realice y el medio o procedimiento utilizada para obtenerla.

Es sabido, además, que el Código italiano en su art. 2082 reconocido por la doctrina agrarista por la importancia de su contenido al definir al

---

<sup>9</sup> Giovanni GALLONI, en «Nuove linee di orientamento e di modernizzazione dell'agricoltura», en *Diritto e Giurisprudenza Agraria e Dell' Ambiente*, N<sup>ros</sup> 9/10, settembre-ottobre 2001, pág. 491.

empresario agrícola, nos dice que «es empresario quien ejercita una actividad económica organizada a los fines de la producción y del cambio de bienes y servicios» enumerando en el art. 2135 a las actividades llamadas esencialmente agrarias que consisten en la cultivación del fundo, la crianza del ganado y la silvicultura, distinguiéndola de las actividades indirectas o conexas, o sea aquellas que en sí mismas no tienen carácter agrario, pero que devienen como tales cuando se encuentran en relación particular con una o más de las actividades mencionadas.

Es de destacar además que la distinción entre la empresa agraria y la empresa mercantil, o sea entre la actividad agraria y la comercial requiere que la primera consista ineludiblemente en el cultivo del fundo (de la tierra).

En la reforma ya mencionada de la legislación italiana se define al empresario agrícola como quien ejercita una de las siguientes actividades: cultivación del fundo, silvicultura, cría de animales y actividad conexas. En cuanto a las actividades conexas, son aquellas ejercitadas por el mismo empresario agrícola, dirigidas a la manipulación, conservación, transformación y valorización que tengan por objeto productos obtenidos prevalentemente del cultivo del fundo o del bosque o de la cría de animales.

Finalmente, debemos mencionar la ley francesa de 1988 que contiene una caracterización de la actividad agrícola, anterior a la reforma de la ley italiana en cuanto establece que «son consideradas agrícolas todas las actividades correspondientes al control y al desarrollo de un ciclo biológico de carácter vegetal o animal, comprendiendo una o más de las fases necesarias del desenvolvimiento de dicho ciclo».

Debe destacarse la legislación francesa mencionada por su posición innovadora en cuanto descarta de la noción de agricultura referida al suelo como soporte necesario de la actividad y, de este modo, el legislador francés ha dado un claro corte a las controversias suscitadas en la calificación de las formas modernas de la cría y de la producción animal o vegetal <sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Confr. Jean DERROPPÉ, «La definición legal de la actividad agrícola en el derecho francés», R.D.A., fasc. 1, 1990, pág. 23. Ver, Benedicte BERRY, en «Actividad agraria y derecho civil» (El abandono del criterio fundiario en la definición legal de la agricultura), R.D.A., fasc. 4, 1992, pág. 530.

# **ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA**



**DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS  
EN SESIONES PRIVADAS**



## LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

por JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA \*

Es por todos conocido que la «función administrativa» es una de las funciones jurídicas del Estado, ya que a diferencia de lo que sucede en el derecho constitucional <sup>1</sup>, en el derecho administrativo se analizan las distintas funciones del Estado y no los distintos poderes del Estado, pues el poder es uno solo y radica en el Estado, en cambio, las funciones son distintas como también los órganos que llevan a cabo esas funciones son diferentes.

Se ha sostenido que el poder del Estado se actualiza en la función asignada a cada uno de los órganos: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Estas funciones estatales pueden ser clasificadas desde distintos puntos de vista: el *sustancial o material*, el *orgánico o subjetivo*, y el *formal*.

Desde el *punto de vista sustancial o material*, se analiza el contenido de la función. Lo importante, lo trascendente, es analizar *la naturaleza de la función*.

Por ello, la *función legislativa* <sup>2</sup> se caracteriza por crear el orden jurídico. Esta función dicta normas jurídicas que regulan las conductas tanto de las personas jurídicas como de las personas físicas, y esas normas son generales e impersonales y rigen para el futuro.

---

\* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 23/4/02.

<sup>1</sup> Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1958, pág. 247 y ss..

<sup>2</sup> German J. BIDART CAMPOS, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, t. I, pág. 705 y ss..

La *función administrativa*, en cambio, es aquella que provee a la satisfacción de necesidades colectivas, que actúa sobre el presente, es continua, permanente, y es por ello, que esta función no se puede interrumpir por huelgas ni por *lock out* que realicen las empresas a cargo de la prestación de los servicios públicos.

Esta *función administrativa* puede ser ejecutada por cualquiera de los tres órganos, y al respecto enseña Lascano <sup>3</sup> que el Poder Judicial realiza función administrativa no sólo cuando designa su personal, o cuando llama a licitación pública para contratar algún servicio, sino también en el caso de los denominados «actos de jurisdicción voluntaria». Teoría que comparto y agrego que la función deja de ser administrativa y pasa a ser jurisdiccional en el caso de que exista contienda entre dos o más personas que pretendan tener el mismo derecho.

Cuando Gordillo analiza si la «jurisdicción voluntaria» es función administrativa dice que: «... *es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos y decir que si bien ellos no tienen objetivamente carácter jurisdiccional, en un caso (en cuanto no son resolución de una contienda entre partes) o legislativo, en otro (en cuanto no son normas generales), deben con todo asimilarse a los actos de tal carácter, por su gran similitud formal con ellos, y por la aplicación que reciban de igual régimen jurídico*» <sup>4</sup>.

Finalmente, la *función jurisdiccional* es la que aplica el derecho en el caso concreto, es una función que actúa sobre el pasado, es la encargada de juzgar conductas ya acontecidas.

Sostiene también Lascano, siguiendo las enseñanzas de Chiovenda y de Carnelutti que la jurisdicción es la función que ejerce el Estado, cuando entre dos partes media un conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley. Afirma que la función jurisdiccional es la realizada por una autoridad que no es parte en las relaciones jurídicas y en las situaciones jurídicas que considera <sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> David LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941, pág. 31 y ss..

<sup>4</sup> Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, Parte General, 5ª ed., Buenos Aires, t. 1, IX-49/50.

<sup>5</sup> David LASCANO, ob. cit., pág. 29 y ss..

Esta teoría es aplicada en nuestro país, ya que los tres órganos realizan las tres funciones, pues es *función administrativa* cuando cualquiera de ellos nombra a su personal, llama a licitación para la provisión de material de trabajo, etcétera.

También cualquiera de los tres órganos realiza *función legislativa* cuando dicta reglamentos internos a los fines de mejorar el funcionamiento de la actividad a su cargo <sup>6</sup>.

En esta línea de pensamiento, Legón <sup>7</sup> enseña: «... Cuando el Estado afecta la capacidad jurídica de los individuos en su estatuto personal, en sus derechos patrimoniales, o en sus libertades, legisla; cuando se limita a fijar a sus agentes una pauta de conducta y organiza el aparato burocrático, administra...».

Y por último, es *función jurisdiccional* cuando cualquiera de los tres órganos debe juzgar la conducta de sus empleados a los fines de aplicar una sanción, previo sumario con posibilidad de audiencia y prueba por parte del imputado, o la actividad que realiza el Tribunal Fiscal de la Nación, o los juzgados municipales de Faltas <sup>8</sup>. Debo aclarar que la resolución que se dicta con motivo del ejercicio de esta función puede ser revisada por el órgano judicial mediante la acción contencioso administrativa que interponga el afectado.

En esta línea de pensamiento encontramos a Cassagne quien dice: «... Los tribunales que integran el Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional...» <sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Agustín GORDILLO, ob. cit., Parte General, 5ª ed., t. I, IX-16, sostiene que la función legislativa en estricto sentido jurídico, es únicamente realizada por el Poder Legislativo, ya que la define como «El dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso».

<sup>7</sup> Faustino J. LEGÓN, *Tratado de derecho político general*, Buenos Aires, 1961, t. II, pág. 584.

<sup>8</sup> Agustín GORDILLO, ob. cit., t. I, IX-18, dice: «... que la administración no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, y que si sus actos se parecen en alguna hipótesis, por su contenido, a los de aquella función, no tienen sin embargo el mismo régimen jurídico; esto es, que la administración no realiza función jurisdiccional».

<sup>9</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, t. I, pág. 91.

Es indudable, entonces, que cada uno de estos órganos del Estado puede ser considerado como una institución distinta de los otros, que tiene cierta autonomía, y tiene atribuciones constitucionales para actuar en lo interior con el objeto de satisfacer sus propios fines <sup>10</sup>.

Esta teoría ha sido desarrollada por Duguit <sup>11</sup> quien considera que para diferenciar las distintas funciones del Estado, es necesario analizar *el contenido de los actos* y, por ello, el Estado ejerce la función legislativa, cualquiera sea el órgano que interviene, todas las veces que produce actos-reglas, todas las veces que formula una disposición normativa o constructiva, modificando sobre un punto cualquiera el derecho objetivo. El Estado, en cambio, ejerce función administrativa cuando realiza un acto condición, o un acto subjetivo, o cuando sus agentes proceden, para asegurar el funcionamiento de un servicio público, a cumplir actos puramente materiales. Finalmente, el Estado ejerce la función jurisdiccional toda vez que resuelve una cuestión de derecho y le ha sido planteada decidiendo una situación de acuerdo a derecho <sup>12</sup>.

Desde el *punto de vista orgánico o subjetivo*, la distinción se hace teniendo en cuenta el órgano del que emana la función, y para esta teoría, la función administrativa sólo la realiza el órgano ejecutivo la función legislativa: el Congreso de la Nación, la Legislatura Provincial, y el Concejo Deliberante Municipal. A su vez, la función jurisdiccional está a cargo del órgano judicial.

Esta teoría tuvo gran desarrollo en virtud de la doctrina sustentada por Montesquieu en su conocida obra *El espíritu de las leyes* que sostenía que el que hace las leyes no sea el mismo que las aplique, ni el que las ejecute; el que las ejecute, no pueda hacerla ni juzgar acerca de su aplicación; y el que las juzgue, no las cree ni las ejecute.

En otras palabras, se desarrolló el principio de la separación de los poderes, con el objeto de evitar abusos y arbitrariedades, pues en un comienzo, el monarca tenía las tres funciones, y con el transcurso del

---

<sup>10</sup> Santi ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milán, 1946, pág. 175 y ss..

<sup>11</sup> León DUGUIT, *Traitée de droit constitutionnel*, París, 1928, t. I, pág. 106 y ss..

<sup>12</sup> León DUGUIT, ob. cit., t. I, pág. 328.

tiempo se separa primero la función jurisdiccional, y con posterioridad, la función legislativa. Por eso se sostuvo que la función administrativa, era sinónimo de la función ejecutiva; que la función ejecutiva es esencialmente administrativa; que Poder Ejecutivo y Poder Administrador tienen la misma significación jurídica; que todo acto de ejecución es acto de administración <sup>13</sup>.

También a la función administrativa se la conoció como actividad residual <sup>14</sup>, porque era la función estatal que no era legislación ni justicia <sup>15</sup>. Esta teoría surgió para oponerse a la que sostenía que «Administración es la actividad total del Estado» y fue defendida principalmente por Stein <sup>16</sup>.

Continuando con la clasificación de las funciones estatales desde el punto de vista orgánico, destacaré que la *función legislativa* puede ser tanto en el sentido formal como en el material y, por ello, los reglamentos internos que dictan las distintas comisiones del Congreso de la Nación son ejemplos de funciones legislativas.

Considero de interés destacar que Merkl <sup>17</sup> distingue entre legislación en sentido formal y administración, teniendo en cuenta que la primera es la ejecución inmediata de la Constitución; en cambio, la administración es una ejecución mediata, y por lo tanto, si bien, la función legislativa como la administrativa deben respetar la Constitución y ser consecuente con ella, la diferencia está dada por la distancia que existe entre una función y la Constitución, ya que la función legislativa -repito- está inmediatamente vinculada a la Constitución, en cambio, la administrativa, la vinculación es mediata o más distante.

Sostiene también, que la función administrativa en muchos casos, es ejecución de la legislación, en cambio, la legislativa, es ejecución de la Constitución.

Esta distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material, también la realiza Bielsa <sup>18</sup>, y la considera importante porque la primera es

---

<sup>13</sup> Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, París, 1897, t. I, pág. 29 y ss..

<sup>14</sup> Fritz FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, 1933, pág. 7 y ss..

<sup>15</sup> Adolfo MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, pág. 16 y ss..

<sup>16</sup> L. STEIN, *La scienza de la Pubblica Amministrazione*, Turín, 1897, pág. 3 y ss..

<sup>17</sup> Adolfo MERKL, ob. cit., pág. 184 y ss..

<sup>18</sup> Rafael BIELSA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1947, t. I, pág. 115 y ss..

propia de la función legislativa y la segunda, como los reglamentos, son actos administrativos, dictados en ejercicio de la función administrativa.

Esta teoría es también aceptada por Marienhoff <sup>19</sup> quien sostiene que el acto administrativo puede ser individual o concreto, o puede ser general, como es el reglamento.

Tesis con la que me permito discrepar, porque me encuentro enrolado en la teoría que sostiene que los reglamentos son ejemplos de función normativa o legislativa <sup>20</sup>, y el acto administrativo es unilateral y concreto <sup>21</sup>.

La función estatal *desde el punto de vista formal* tiene en cuenta el procedimiento para su dictado y la forma propiamente dicha del acto con prescindencia del órgano del que emane, y por ello, para esta teoría, todo acto que tenga forma de ley, será actividad legislativa aunque se trate de un acto individual y concreto como es la aprobación de un contrato suscripto por el presidente de la República, por ejemplo. En este caso, considero que estamos en presencia de una función administrativa, y no de una actividad legislativa, y se trata de un acto administrativo que tiene forma de ley, ya que soy de opinión que el acto administrativo puede emanar de cualquiera de los tres órganos del Estado, y por lo tanto, está sujeto al control del órgano judicial por la vía contencioso administrativa <sup>22</sup>.

Para esta teoría lo importante y trascendente es la *forma del acto*, sin necesidad de analizar el órgano del que emanó ni la naturaleza o sustancia de dicho acto.

Esta teoría puede inducirnos en error al analizar la función estatal, porque como bien destaca Villegas Basavilbaso <sup>23</sup> la forma con que se revisten los actos dependen, en principio, del órgano productor. Por ello, participo de sus enseñanzas cuando sostiene que en caso de duda

---

<sup>19</sup> Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, t. II, pág. 406.

<sup>20</sup> Agustín GORDILLO, ob. cit., Parte General, 5ª ed., t. 1, IX-9, enseña que la potestad reglamentaria de la Administración integra la función administrativa.

<sup>21</sup> Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA, «Acto administrativo y legitimidad», en Rev. La Ley Córdoba, año V, mayo de 1988, N° 5, pág. 367 y ss..

<sup>22</sup> Art. 1º, ley 7182 de Cba., que regula el procedimiento contencioso administrativo.

<sup>23</sup> Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949, t. I, pág. 34 y ss..

sobre la naturaleza jurídica de un acto estatal, es decir, si se trata de un acto legislativo, administrativo, o jurisdiccional, ha de estarse a su contenido y no al carácter del órgano que lo ha producido, o a la forma que reviste, puesto que jurídicamente, la sustancia ha de predominar sobre lo orgánico y lo formal <sup>24</sup>.

De lo expresado se deduce sin hesitación alguna que *el poder es uno solo* y radica en el *Estado*; que los *órganos son tres*: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, y *las funciones son también tres*: la administrativa, la legislativa o normativa, y la jurisdiccional.

Al respecto, son claras las enseñanzas de Villegas Basavilbaso <sup>25</sup> que, siguiendo a Jellinek <sup>26</sup> sostiene que el poder en sí mismo no puede ser objeto de división ni de partición; su desmembramiento no podría cambiar su sustancia, y es por ello que la denominación del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial lleva necesariamente a una confusión. Las funciones del poder y no el poder pueden distinguirse por su naturaleza, y por ello, pueden ser diferenciadas en legislativas, ejecutivas y judiciales.

En nuestro país con posterioridad a 1989, en que se dictó la ley de reforma del Estado 23.696, se crearon -algunos por ley y otros por decreto- los entes reguladores de los servicios públicos, quienes realizan función administrativa, y las resoluciones que dictan son actos administrativos que pueden ser controlados por el órgano judicial mediante la acción contencioso administrativa <sup>27</sup>.

También realizan función administrativa las personas jurídicas públicas no estatales, como los distintos colegios profesionales, cuando otorgan o cancelan la matrícula o cuando aplican sanciones a sus

---

<sup>24</sup> Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, ob. cit., t. I, pág. 38.

<sup>25</sup> Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, ob. cit., t. I, pág. 7.

<sup>26</sup> G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Madrid, 1914, t. II, pág. 299 y ss..

<sup>27</sup> En Córdoba, el Capítulo 4 de la ley 8835 crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSEP) y regula sus funciones. El art. 33 dice: «Las resoluciones del ERSEP causan estado y entiéndese que agotan la vía administrativa, sin necesidad de recurso alguno, pudiendo ser materia de acción contencioso administrativa en los plazos y con los procedimientos fijados en la ley N° 7182 o en el cuerpo legal de la materia que la sustituya».

afiliados, y esas resoluciones son también actos administrativos que pueden ser impugnados judicialmente por el afectado por la vía contencioso administrativa<sup>28</sup>.

Estimo de interés destacar que en la provincia de Córdoba, los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo han conocido y resuelto numerosas causas en las que se discutía la legitimidad de las sanciones impuestas por los colegios profesionales. Cito como ejemplo: «Zeverín Escribano, A. c/ Tribunal de Disciplina de Abogados», «Maghini, Nicolás Nelson c/ Tribunal de Disciplina de Abogados», entre otros.

Estos antecedentes son importantes porque el Tribunal controló no sólo la sanción, sino también el procedimiento previo para el dictado del acto administrativo<sup>29</sup>.

La función administrativa también la pueden realizar las personas jurídicas privadas: por ejemplo, los concesionarios o licenciatarios de un servicio público cuando realizan función administrativa, y las resoluciones que adoptan son también actos administrativos, que pueden ser controlados por el órgano judicial por la vía contencioso administrativa.

En síntesis, es un tema que comenzó a analizarse en el siglo XIX y continúa en la actualidad debido a su importancia y trascendencia, pues no sólo es útil para caracterizar al acto administrativo, sino también para determinar cuál es el tribunal competente para controlar esa actividad.

---

<sup>28</sup> En Córdoba, las cámaras contencioso administrativas se han declarado competentes para conocer y resolver las causas en las que los profesionales (abogados, médicos, etcétera) impugnaron las resoluciones sancionatorias emanadas de los distintos colegios profesionales. Esas resoluciones han sido consideradas actos administrativos y, por lo tanto, el Tribunal analizó los elementos esenciales de dicho acto.

<sup>29</sup> Ver, por ejemplo, las sentencias N° 48/00 y N° 123/00 del Tribunal Superior de Justicia, entre otras.

# **LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL «CORRALITO» FINANCIERO Y BANCARIO**

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (H) \*

**SUMARIO:** I. El decreto de necesidad y urgencia 1570 del PEN y la primera versión del «corralito». II. La reacción popular. III. Los derechos individuales violados. IV. La inconstitucionalidad de dichas medidas. V. La misión del Poder Judicial y el caso «Smith». VI. La ley de emergencia 25.561 y su inconstitucionalidad. VII. El decreto de necesidad y urgencia 214 del PEN y la segunda versión del «corralito». VIII. El decreto de necesidad y urgencia 320 y las últimas medidas sobre el «corralito». IX. Emergencia y orden constitucional.

## **I. El decreto de necesidad y urgencia 1570 del PEN y la primera versión del «corralito» <sup>1</sup>**

El Poder Ejecutivo Nacional en Acuerdo General de Ministros, dictó con fecha 1 de diciembre de 2001 el decreto de necesidad y urgencia 1570 -que fuera publicado el 3 de diciembre- y que estableció una nueva operatoria a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina.

---

\* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 7/5/02.

<sup>1</sup> Seguimos en el análisis de este punto a nuestro artículo titulado «El corralito es inconstitucional», publicado el 15 de enero de 2002 en el diario «La Voz del Interior» de Córdoba, posteriormente reproducido en el diario El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional, del 18 de febrero de 2002.

En el art. 2º del instrumento, se prohibieron los retiros en efectivo que superasen los doscientos cincuenta pesos o dólares por semana, por parte del titular de la cuentas que posea en cada entidad financiera y las transferencias al exterior, con excepción de las que correspondan a operaciones de comercio exterior, al pago de gastos o retiros que se realicen en el exterior a través de tarjetas de crédito o débito emitidas en el país, o a la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos, en este último caso sujeto a que las autorice el Banco Central.

En el art. 3º se prescribió que el Banco Central «puede disminuir las restricciones establecidas en los artículos precedentes, cuando los saldos de depósitos totales del sistema financiero aumenten respecto a los niveles al cierre del día 30 de septiembre de 2001 y las tasas de interés a las que se realicen las diferentes transacciones sean, a su juicio, normales».

En los fundamentos del decreto se expresaba que éstas eran «medidas de emergencia apropiadas por el corto tiempo que duren las operaciones mencionadas, para evitar que la continuidad de esta situación afecte en mayor medida la marcha de la economía, dando las seguridades necesarias tanto respecto al valor de los activos financieros, como sobre su liquidez, conservación e intangibilidad».

Asimismo se decía, luego de una referencia a la intangibilidad de los activos bancarios por parte de los titulares, «... que en situaciones como la presente puede restringirse por un breve periodo su uso y goce, limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo y algunas transferencias de fondos al exterior, que de ningún modo afectan el funcionamiento de la economía».

Posteriormente, se indicaba «que en la actualidad la tecnología provee los medios necesarios para que los mercados puedan valerse perfectamente de transferencias entre cuentas de la misma u otra entidad del sistema, permitiendo a sus titulares, la total disposición de su propiedad dentro del país o para realizar operaciones en el exterior...». Y más adelante, textualmente se afirmaba: «Que ello eliminará el riesgo de que se produzca una crisis financiera sistémica que pueda perjudicar a los ahorristas, protegidos inequívocamente por la ley N° 25.466, y a la economía nacional toda».

Finalmente, se recurría a la utilizada argumentación de la imposibilidad de esperar el trámite normal para la sanción de las leyes con relación

a decisiones de evidente necesidad y urgencia y se citaba las facultades de los incs. 1, 2 y 3 del art. 99 de la Constitución Nacional, para dictar el citado decreto de necesidad y urgencia, que firmaron el anterior presidente y sus ministros en Acuerdo General.

Este decreto, que instaló lo que se conoce como el «corralito» financiero, fue posteriormente modificado por el decreto de necesidad y urgencia 1606, dictado el 5 de diciembre de 2001 -que fuera publicado el 6 de diciembre- y que modificó algunos aspectos de los arts. 2º y 7º, para excluir a algunas operaciones en el primer caso y ampliar el monto de las transferencias al exterior en el otro.

Luego, ya con el posterior gobierno nacional, se dictaron disposiciones para establecer feriados cambiarios e incluso para prohibir la transferencia de los fondos depositados en plazos fijos de un banco a una caja de ahorros o cuenta corriente de otro banco distinto, que agudizaron la situación al cerrar aún más el «corralito».

## **II. La reacción popular**

Estas medidas provocaron una de las reacciones populares más importantes de la historia argentina, pues los sectores afectados, o sea la inmensa cantidad de ahorristas que habían confiado en el país y tenían depositados más de 65.000 millones de dólares y pesos, salieron a las calles a manifestar su indignación contra este «corralito» a través de «cacerolazos», que provocaron la renuncia de los ex presidentes De la Rúa y Rodríguez Saá.

Fue la respuesta al dolor, angustia y frustración soportados por millones de argentinos que, como es de dominio público, se agolparon impotentes ante los distintos bancos para intentar obtener las más elementales satisfacciones en defensa de su derecho de propiedad y de otros derechos conculcados. Así, se afectaron los sueños de los argentinos que creyeron en el país, mientras que el mundo entero observaba atónito y apesadumbrado el increíble drama de Argentina, uno de los países más dotados de la Tierra en recursos naturales y económicos.

Las gravísimas imágenes difundidas por la prensa nos muestran de manera brutal el contraste entre esta trágica realidad y los falsos, groseros e injustos pseudo fundamentos del decreto del anterior gobierno que impusiera las medidas mantenidas hasta ahora.

Por ello se comprende con claridad que el reclamo de millones de argentinos haya sido y sea: a) en primer lugar, la devolución de los fondos depositados -de inmediato y en la misma moneda en que se efectuaron- y b) en segundo lugar, el juzgamiento y atribución de las responsabilidades pertinentes tanto jurídicas como políticas de quienes ejecutaron tales actos en contra de la Constitución y del pueblo <sup>2</sup>.

En este último aspecto, se comprende que en un país caracterizado por la impunidad, algunos sectores repitan que el dinero no está, o que la devolución del dinero no se puede hacer, o que no se puede solicitar el dinero a los bancos al mismo tiempo, o que si caen algunos bancos los daños serán mayores, o que los dólares eran virtuales, etc., entre otras manifestaciones destinadas a explicar y justificar lo injustificable, que se ha constituido en tal vez la más grave y dañosa confiscación colectiva de nuestra historia, sin precedentes comparables y que asombra a un concierto internacional que está apenado por nuestra triste realidad.

No se puede comprender en toda su dimensión este complejo problema y sus repercusiones no sólo jurídicas sino también políticas, sociológicas, económicas y humanas sino que se advierte que se ha lesionado a una cifra calculada en cerca de cinco millones de ahorristas (lo que repercute en casi toda la sociedad argentina), 90 % de los cuales tenía depósitos que no superaban los 50.000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas de la sociedad, o sea las más afectadas por las políticas vigentes y en definitiva, por la decadencia argentina <sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> En este aspecto, la jueza federal María R. Servini de Cubría de la Capital Federal está investigando la posible comisión de actos delictivos en torno al retiro de los fondos de algunos bancos. Asimismo, se han efectuado denuncias penales a los funcionarios que suscribieron los decretos que instauraron esta primera versión del «corralito».

<sup>3</sup> Puedo asegurar que en el ejercicio de la profesión de abogado, comprometido en la defensa de los derechos constitucionales violados, he visto un certificado de depósito a plazo fijo de 1.300 dólares, de una anciana de escasísimos recursos económicos y conocido casos similares. Por eso resulta falso e interesado el discurso que trata de descalificar la protesta al sostener que se trata de «rentistas» que aprovechaban las ventajas de nuestro sistema financiero. Por el contrario, quedaron atrapados en general millones de compatriotas -cuyo número de cinco millones fue difundido públicamente por el vocero de la Presidencia, Eduardo Amadeo- que creyeron en el país y en su sistema bancario, alentados por el Congreso que incluso sancionó una ley de intangibilidad de

### III. Los derechos individuales violados

Los derechos individuales violados o amenazados en forma inminentes fueron los siguientes:

a) *Derecho de propiedad*, reconocido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que establecen el uso y disposición de la propiedad privada con carácter de inviolabilidad. Asimismo, dicho derecho también se encuentra reconocido por las normas pertinentes de tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica y las declaraciones de Derechos Humanos Americanos y Universal entre otros, que integran el llamado «bloque de constitucionalidad federal», en razón de la jerarquía constitucional asignada a éstas en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994. La importancia del derecho de propiedad es tan extraordinaria en relación al Estado constitucional de derecho, que a partir de John Locke, el padre del liberalismo, se lo consideró como uno de los más estrechamente vinculados a la naturaleza y dignidad humanas. Asimismo, el triunfo del constitucionalismo liberal o clásico se vinculó al logro de dos objetivos fundamentales: asegurar los derechos del hombre y limitar al poder mediante su división y separación. Aquella primera faz del constitucionalismo fue perfeccionada posteriormente mediante la segunda, caracterizada por lo social, comenzada por el precedente mexicano de Querétaro de 1917, hasta arribar a la etapa actual de la internacionalización de los derechos del hombre, a la que nos incorporamos luego de la última reforma constitucional. Pero aquellos objetivos liminares de asegurar los derechos humanos y entre ellos el de la propiedad, constituyen una aspiración permanente del Estado constitucional y democrático de derecho.

En este caso resulta evidente que se violó el derecho de propiedad sobre el dinero depositado en los plazos fijos, ya que no se puede «usar» y «disponer» de éstos, conforme la intergiversable letra y espíritu

---

depósitos, la ley 25.466, para asegurar la permanencia de éstos. Ya se sabe que los sectores más poderosos de la sociedad, siempre advertidos de estos peligros, habían sacado tiempo antes sus fondos del país, empezando por quien era el propio ministro de Economía, Domingo Cavallo.

del art. 14 de la Constitución Nacional. Asimismo se desconoció el carácter de «inviolabilidad» de la propiedad reconocido en el art. 17 de la Ley Suprema, que dispone que «ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley», puesto que no existe garantía alguna de devolución de dicho dinero ni tampoco en relación a plazo alguno ni en cuanto a la moneda en cuestión, con lo cual también resulta evidente no sólo el peligro de la depreciación de dicho dinero sino también la lesión evidente a los derechos y patrimonios, en proporciones que en este momento no podemos determinar, pero que se pueden advertir y comprobar con facilidad..

Estas groseras violaciones constitucionales fueron producidas por las anteriores autoridades, que dictaron y ejecutaron las normas mencionadas, a pesar de las funestas experiencias del pasado y no obstante la vigencia de la ley 25.466, sancionada muy poco tiempo antes -en octubre de dicho año 2001- en cuya virtud el Congreso declarara la intangibilidad de los depósitos bancarios, como derechos adquiridos de propiedad, garantizados por la Ley Suprema de la Nación.

b) *Derecho a la defensa del valor de la moneda*, reconocido por el art. 75 inc. 19 de la Ley Suprema de la Nación, luego de la reforma constitucional de 1994, como respuesta a los disvaliosos antecedentes sufridos a lo largo de la historia a través de los periodos inflacionarios vividos. En tal sentido, Germán Bidart Campos enuncia entre los derechos civiles y económicos de dicho art. 75 inc. 19 al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la generación de empleo y a la defensa del valor de la moneda<sup>4</sup>. En este caso, en medio de la incertidumbre que se vivía, se hicieron públicas algunas propuestas de intentar devolver el dinero de los plazos fijos en dólares en una moneda distinta: pesos, o Lecop, o argentinos, que como resulta obvio, importaban lisa y llanamente una devaluación que está prohibida por esta disposición constitucional. Después, el nuevo presidente, Eduardo Duhalde anunció en su discurso inaugural que los plazos fijos serían devueltos oportunamente en la moneda en que se efectuaron los depósitos. Posteriormente, los argen-

---

<sup>4</sup> Confr. Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. 1, pág. 488.

tinios con dolor asistirían a un nuevo incumplimiento del contrato social y moral que debe unir a los gobernantes y gobernados, cuando el citado funcionario, incumpliera su promesa formal y firmara el decreto 214, que dispuso lo contrario, como más adelante veremos.

c) *Derecho al desarrollo humano*, reconocido también por el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994, como lo acabamos de mencionar en el acápite precedente. Este derecho al desarrollo humano es el que mejor define dicho inc. 19, que ha sido caracterizado por la doctrina como la nueva cláusula del progreso, recordando la originaria del art. 67 inc. 16, debida al genio imperecedero del padre de nuestra Ley Suprema, Juan Bautista Alberdi.

El concepto del desarrollo humano se comprende a partir de las claras definiciones de Paulo VI en la Encíclica *Populorum Progressio*: el desarrollo es el «nuevo nombre de la paz», que debe alcanzar a «todos los hombres y a todo el hombre». Se trata entonces de la promoción de los diversos aspectos de la personalidad humana, que se impone como obligación a cumplir por parte del Congreso, que en la norma suprema citada, ordena «Proveer lo conducente al desarrollo humano,...».

En el caso en cuestión, resulta también indudable que las medidas adoptadas importan el desconocimiento del derecho al desarrollo humano, ya que no se puede disponer de los bienes fruto del trabajo, del ahorro y que son necesarios, precisamente, para el desarrollo humano.

#### **IV. La inconstitucionalidad de dichas medidas**

Sostenemos la inconstitucionalidad de los decrets. 1570 y 1606 del 2001 emanados del Poder Ejecutivo de la Nación y de las disposiciones dictadas en consecuencia por el Banco Central de la República Argentina, por las siguientes razones, que sintéticamente mencionamos:

a) Por el manifiesto desconocimiento de los derechos constitucionales mencionados anteriormente, de propiedad, de defensa del valor de la moneda y del desarrollo humano.

b) Porque los citados decretos de necesidad y urgencia fueron dictados violando la disposición del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que estableció precisos límites al Poder Ejecutivo, como lo admitió la última jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso «Verrocchi», al avan-

zar en el control de constitucionalidad, modificando la anterior doctrina de los casos «Peralta» y «Rodríguez»<sup>5</sup>.

c) Porque tampoco pudieron fundarse en la emergencia económica, pues no se cumplieron los requisitos admitidos por la doctrina jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal en los casos «Nadur», Fallos 243:449 y «Russo», Fallos 243:467: 1. Situación de emergencia reconocida por el Congreso. 2. Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país. 3. Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales. 4. Razonabilidad del medio empleado por el legislador<sup>6</sup>.

d) Porque tampoco se puede admitir la fundamentación de dichos decretos en un «poder de policía de emergencia», que no tiene base constitucional alguna, a pesar de lo cual ha sido invocado y utilizado para violar los derechos individuales<sup>7</sup>.

## V. La misión del Poder Judicial y el caso «Smith»

Sobre este mismo tema, y frente a la gravedad de la situación, señalábamos con fecha 15 de enero pasado<sup>8</sup>: *«Es menester que los jueces asuman definitivamente como su más importante misión la del control de constitucionalidad, para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental como lo indica nuestro derecho, que sigue el formidable precedente del caso «Marbury v. Madison» y el silogismo del chief justice John Marshall, aceptado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace largo tiempo»* (confr. Antonio María Hernández (h.), «El caso Fayt y sus implicancias constitucionales», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001).

<sup>5</sup> Véase Mario MIDÓN, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2001, Cap. IX.

<sup>6</sup> Confr. Mario MIDÓN, ob. cit., pág. 93.

<sup>7</sup> Confr. Mario MIDÓN, ob. cit., pág. 93 y Miguel Angel EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. 2, pág. 617.

<sup>8</sup> En nuestro artículo ya citado «El corralito es inconstitucional», publicado en La Voz del Interior del 15 de enero de 2002, en Córdoba y luego reproducido en el diario El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional, Buenos Aires, del 18 de febrero de 2002.

Además de la declaración de inconstitucionalidad de dichas medidas, nuestros magistrados judiciales debieran siempre tener presente estas palabras del gran maestro Joaquín V. González: *«No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación.. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina».*

Por esta razón, no puede dejar de considerarse la importancia que en la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene el fallo del caso «Smith, Carlos A. c/ PEN s/ Sumarísimo», del 1 de febrero de 2002, donde nuestro más alto tribunal declaró la inconstitucionalidad del decr. 1570 y sus normas complementarias que establecieron el «corralito», tal como lo reclamábamos.

En efecto, el más alto tribunal descalificó el art. 2º del citado decreto y sus disposiciones reglamentarias y modificatorias, pues las limitaciones establecidas a los depósitos bancarios, pese a la existencia de una grave situación de emergencia económica, desconocieron derechos adquiridos y coartaron la libre disponibilidad de tales fondos, lo que careció de razonabilidad y atentó contra el derecho de propiedad amparado en los arts. 14,17 y 18 de la Constitución Nacional y art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos <sup>9</sup>.

Sin entrar a considerar los aspectos procesales ni los estrictamente políticos de la cuestión <sup>10</sup>, lo que debe resaltarse sin dudar es el cambio

---

<sup>9</sup> Véase el texto completo del fallo con el dictamen del procurador general en La Ley, Suplemento Especial del lunes 4 de febrero de 2002, con nota a fallo del Prof. Dr. Carlos E. Colautti.

<sup>10</sup> Conocemos de las objeciones formuladas desde lo procesal a la sentencia en cuestión, pues la Corte falló a través de un *per saltum* introducido por un tercero sobre una medida cautelar; como así también desde lo político, en razón de las relaciones que atravesaba con el Poder Ejecutivo Nacional, sumado a las críticas que desde distintos medios se elevaban al Tribunal y en particular, por los «cacerolazos» de ahorristas. Pero por razones de brevedad no nos detendremos en estos aspectos, ya que sólo queremos

que este fallo produce en relación con la posición que tradicionalmente y salvo honrosas excepciones, había asumido el Tribunal en torno de las emergencias económicas, puesto que a partir del caso «Ercolano c/ Lanteri de Renshaw» de 1922, o sea prácticamente a lo largo de 80 años, se limitó a producir convalidaciones a las violaciones producidas a los derechos individuales <sup>11</sup>. Sin embargo, las referencias efectuadas al precedente «Peralta», donde la Corte había admitido la constitucionalidad del decr. 36/90 que instaurara el Plan Bonex, para nosotros también merecen objeciones, pues no pensamos que dichos standards de control sean los requeridos para la modificación más sustancial que alentamos en defensa de los derechos individuales en la emergencia.

Esta legislación de emergencia que fue antepuesta a la Constitución Nacional, significó inexcusablemente la declinación de nuestro Estado de derecho, mostrando uno de los aspectos más penosos de nuestra falta de cultura política y jurídica.

Recuérdese que hemos vivido -casi permanentemente- en emergencia en nuestra dolorosa historia, como lo acreditan las largas interrupciones del orden constitucional, más de 50 declaraciones de estado de sitio y de 150 intervenciones federales y emergencias económicas desde hace décadas.

Las emergencias de todo tipo: institucionales, políticas o económicas, casi siempre contaron con una jurisprudencia judicial aprobatoria de

---

opinar desde lo específicamente jurídico-constitucional y mediante la observación del fallo en el contexto histórico del control de constitucionalidad realizado en situaciones de emergencia. Bajo este punto de vista adelantamos que ya se han manifestado positivamente al respecto los distinguidos colegas Carlos E. Colautti en el comentario ya citado en la nota precedente, que se titula «La Corte Suprema como Poder del Estado» y Alejandro Pérez Hualde en su trabajo todavía inédito «Smith o el final del «sistema» jurídico de la emergencia», de la misma manera que lo hicimos nosotros en distintos escritos judiciales y ante medios de prensa (como Página 12 y La Voz del Interior, entre otros), además del Dr. Germán J. Bidart Campos, en conversación que tuviésemos al respecto en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en el Distrito Federal de México, entre los días 12 y 15 de febrero pasado.

<sup>11</sup> Véanse los artículos «La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación» de José Luis Lazzarini y «Los derechos patrimoniales durante la emergencia» de Carlos E. Colautti, en *La Ley*, t. 1991, Sección Doctrina, págs. 1359 y ss. y 1467 y ss., respectivamente y el inédito de Alejandro Pérez Hualde, antes citado «Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia».

las medidas que se dictaron, a lo que se sumó una paulatina declinación de las facultades legislativas y de control del Congreso, que al par que fortalecieron al Poder Ejecutivo, también indicaron el incorrecto funcionamiento de nuestro sistema republicano y democrático.

Bien distingue en este aspecto Alejandro Pérez Hualde <sup>12</sup> las dos etapas de la legislación de emergencia económica: la primera, desde la ley 11.157 sobre contratos de locación, con un poder de policía de emergencia esencialmente en manos del Congreso, hasta el Plan Austral de 1985, donde comienza la segunda etapa, caracterizada por un predominio evidente del Poder Ejecutivo, que se consolida con la legislación dictada durante la presidencia de Menem a través de las leyes de reforma del Estado, y especialmente, mediante el dictado de más de 500 decretos de necesidad y urgencia <sup>13</sup>.

Recuérdese también el excesivo ejercicio de las delegaciones legislativas, admitidas por la Corte Suprema desde el caso «Delfino» de 1927, hasta llegar a las recientes leyes 25.414 y la actual 25.561 -que luego analizaremos- y se comprenderá nuestro aserto anterior <sup>14</sup>.

O sea que prácticamente de nada han valido los límites fijados por alguna jurisprudencia -como en el caso Muviel- o los altos propósitos que tuvo la sanción del art. 76 en la reforma constitucional de 1994, ya que en la realidad sociológica nada pudo detener los avances del Poder

---

<sup>12</sup> En el trabajo todavía inédito «Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia», ya citado.

<sup>13</sup> Sobre decretos de necesidad y urgencia, véanse las obras de Alejandro PÉREZ HUALDE, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Buenos Aires, Depalma, 1995 y Mario MIDÓN, *Decretos de necesidad y urgencia. En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

<sup>14</sup> Entre los múltiples trabajos sobre el tema de la delegación legislativa, especialmente destacamos los más actuales de Mario MIDÓN, *Decretos de necesidad y urgencia*, ya citado; Carlos E. COLAUTTI, «La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414», *La Ley*, 2001-D-1272; José Manuel BENVENUTI, «Competencias y limitaciones de la potestad legal y reglamentaria», *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, 18/2/02, pág. 7; Miguel PADILLA, «El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales», *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, 18/2/02, pág. 5, y Alejandro PÉREZ HUALDE, «El Congreso Nacional frente a la crisis», *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, 18/2/02, pág. 15, y su inédito trabajo citado sobre «Smith».

Ejecutivo, frente a la renuncia del Congreso al ejercicio de sus atribuciones legislativas y de control político y a un deficiente ejercicio del control de constitucionalidad -salvo honrosas excepciones- para salvar la supremacía de la Ley Fundamental, por parte de los tribunales y especialmente de la Corte Suprema.

Hoy podemos comprobar con pesar el acierto de la premonición efectuada ya hace más de 40 años -en 1960- por uno de nuestros más distinguidos juristas, Sebastián Soler, que como procurador general de la Nación, sostuvo en el dictamen del caso «Cine Callao»: *«Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno de atribuciones discrecionales para resolver los problemas»* ... y termina: *«así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso»*<sup>15</sup>.

Es por ello que en el contexto histórico referido, este fallo es un valioso precedente que señala el camino que debemos recorrer en adelante, si queremos modificar nuestra anomia para fortalecer la seguridad jurídica, como base indispensable del Estado constitucional y democrático de derecho.

---

<sup>15</sup> Confr. Fallos 247:121, también citado por Alejandro PÉREZ HUALDE en su artículo «El Congreso Nacional frente a la crisis».

Reiteramos que más allá de los cuestionamientos que pueda merecer la Corte, en un análisis objetivo del fallo, no puede dejar de señalarse el cambio operado (aunque para nosotros deba ser más profundo), que tiende a modificar la omnipotencia de la legislación de emergencia, con restablecimiento de los derechos individuales conculcados, en ejercicio de sus competencias como uno de los poderes del sistema republicano.

## **VI. La ley de emergencia 25.561 y su inconstitucionalidad**

Con fecha 6 de enero de 2002 fue sancionada por el Congreso la ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario que, entre otros aspectos que consideraremos, por medio de sus arts. 6º, 7º y 15, ratificó en forma tácita el decr. 1570.

En efecto, el art. 6º en su última parte, dispone: «El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esta protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras».

Señalamos asimismo que en el debate ocurrido en la Cámara de Diputados sobre esta norma, el miembro informante diputado Jorge Matzkin, sostuvo que obviamente ello significaba que se iba respetar la devolución de los depósitos en la moneda pactada. Como después se verá, esta norma fue violada posteriormente por el Poder Ejecutivo de la Nación al dictar el decr. 214 que dispuso la devolución en dólares, sin que se produjese reacción alguna por parte del Congreso, lo que confirma una vez más el alto grado de anomia que padecemos.

En cuanto al art. 7º de la ley, en su primera parte, establece: «Las deudas o saldos de las deudas originalmente convenidas con las entidades del sistema financiero en pesos vigentes al 30 de noviembre de 2001 y transformadas en dólares por el decreto N° 1570/2001, se mantendrán en la moneda original pactada, tanto el capital como sus accesorios. Derógase el artículo 1º del decreto 1570/2001».

A su vez, el art. 15º de la ley, ordena: «Suspéndese la aplicación de la ley N° 25.466, por el plazo máximo establecido en el artículo 1º, o hasta la

oportunidad en que el Poder Ejecutivo Nacional considere superada la emergencia del sistema financiero, con relación a los depósitos afectados por el decreto N° 1570/01».

Aclaremos que la ley 25.466 es la que sancionada en octubre de dicho año 2001 había asegurado la intangibilidad de los depósitos, lo que significó que los ahorristas siguieran confiando en el sistema financiero y bancario y no los retiraran masivamente. De tal manera, resulta inconcebible la actitud del Congreso Nacional, puesto que aproximadamente dos meses después, suspendió dicha intangibilidad hasta el 10 de diciembre de 2003 o hasta que el Poder Ejecutivo lo indique, produciendo un vulgar engaño de gravísimas consecuencias, que importa evidentes responsabilidades para sus autores: el presidente y quienes votaron afirmativamente en el Congreso. Una vez más se destruyó la confianza pública, al desconocerse aquella regla fundamental de la ética, de la política y del derecho: *«pacta sunt servanda»*, de la que David Hume sostuviera -en el siglo XVIII- que era el principio que separaba la civilización del atraso.

De más está decir que los artículos mencionados de esta ley son manifiestamente inconstitucionales, por las razones aducidas en cuanto al decr. 1570 y en particular, por los derechos individuales que se afectan.

Hace falta reiterar nuevamente que la emergencia, aunque haya sido declarada por el Congreso, no puede significar la suspensión, desconocimiento o lisa destrucción de la Constitución, o de sus derechos reconocidos y garantizados.

Es obvia la falta de razonabilidad de dichas normas, que en modo alguno respetan los mandatos del art. 28 de la Ley Suprema de la Nación. Una cosa es limitar ciertos derechos por la emergencia, y otra completamente distinta, es alterar, desconocer o menoscabar la esencia de éstos, que es lo que ocurre con los ahorros de millones de argentinos, a consecuencia del «corralito» financiero y bancario.

A su vez, el art. 1° de la ley declara la emergencia pública en los siguientes términos: «Declárase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con

acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2º».

Por su parte, el art. 2º dice: «El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el art. 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias».

También deben sumarse como facultades delegadas por esta ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el art. 6º segundo párrafo, en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero; en el art. 6º tercer párrafo, en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y, por último, en el mismo artículo, quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas.

Con respecto al análisis de esta delegación, debemos sostener con Alejandro Pérez Hualde<sup>16</sup> y Miguel Padilla<sup>17</sup> su inconstitucionalidad, por cuanto excede con amplitud las pautas del art. 76 de la Ley Suprema de la Nación, para posiblemente ingresar en los límites prohibidos del art. 29, que como bien se dijo, fue escrito con letras de sangre.

Es que a la abdicación de las atribuciones congresionales, debemos agregar la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, que impide un adecuado control de las delegaciones producidas y en consecuencia, concentra el poder en el presidente y unos pocos funcionarios.

Además, ya resulta evidente que las Comisiones de Seguimiento Legislativo no han cumplido satisfactoriamente sus objetivos, como lo prueba en particular la de las privatizaciones.

En este aspecto, queremos resaltar la opinión del académico Adolfo Edgardo Buscaglia<sup>18</sup> que al defender una concepción «cualitativa-cuan-

---

<sup>16</sup> Alejandro PÉREZ HUALDE, «El Congreso Nacional frente a la crisis», ya citado.

<sup>17</sup> Miguel PADILLA, «El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales», ya citado.

<sup>18</sup> Adolfo Edgardo BUSCAGLIA, «La moneda y las uniones monetarias en la Constitución Nacional», disertación pronunciada en el acto de incorporación a la Academia

titativa» de la política monetaria, sostiene que luego de la incorporación de la defensa del valor de la moneda en el inc. 19 del art. 75, se ha transformado dicha función en un rol indeclinable, exclusivo y excluyente del Congreso, que no puede ser delegado. Por ello sugiere que se cuente con una comisión asesora permanente de alto nivel técnico, al estilo de *The Joint Economic Committee* del Congreso norteamericano.

Así como nos pareció saludable la derogación efectuada de la ley 25.414 -que había producido la anterior inconstitucional delegación legislativa al presidente De la Rúa- por medio de la ley 25.556 sancionada el 20 de diciembre de 2001, que pareció indicar un derrotero institucional distinto del Congreso, al poco tiempo se reincidió en similares criterios con esta nueva delegación.

Es que además de la notoria incoherencia, se incurrió en un error mayor al haberse concedido una delegación todavía más extensa al actual presidente, quien a su vez agravó la cuestión al delegar facultades indelegables por el art. 76 de la Constitución, en funcionarios inferiores.

Estamos convencidos de que el camino a recorrer debe ser completamente distinto al que venimos soportando desde hace años, o sea que necesitamos la reasunción del ejercicio de las competencias constitucionales por parte del Congreso, para que allí, con transparencia y estilo republicano, se produzcan los debates que señalen los grandes rumbos de la política nacional.

Ya debiéramos haber aprendido que en el país hay demasiadas promesas incumplidas de la democracia -en conceptos de Norberto Bobbio- para que sigamos entregando nuestro futuro a sólo dos personas: el presidente y ministro de Economía de turno, que quedan sujetos a las presiones de los grupos de interés, no siempre compatibles con el bien común de la sociedad.

Insistimos en la imperiosa afirmación de criterios y estilos republicanos y obviamente, de una muy profunda reforma política, que alcance esencialmente a los partidos políticos, ya que como lo advirtió Vedel, de ellos depende la suerte de nuestra democracia.

Para concluir con otros aspectos de la ley que nos merecen reparos en su constitucionalidad, debemos señalar el art. 18, que establece una modificación del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para posibilitar el *per saltum* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por las medidas cautelares en relación al «corralito» y el art. 19, en la parte que expresa: «... Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos». Son tan irrazonables, arbitrarios y groseros los fines perseguidos por estas normas como su redacción, lo que nos exime de mayores comentarios.

Proponemos, de conformidad con lo antes expuesto, que el Congreso proceda a derogar de inmediato los artículos comentados, además de la normativa dictada al respecto por el Poder Ejecutivo, como una manera concreta de empezar a restablecer la confianza popular en los representantes, además del respeto a la Constitución y a la seguridad jurídica.

## **VII. El decreto de necesidad y urgencia 214 del PEN y la segunda versión del «corralito»**

Posteriormente se dictaron por el Poder Ejecutivo los decrets. 71/2002, reglamentario del régimen cambiario establecido, que en el art. 5° facultó al Ministerio de Economía a establecer la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en monedas extranjeras y el 141/02, que modificó el anterior en cuanto a la devolución de saldos en monedas extranjeras.

Asimismo, el Ministerio de Economía dictó las resoluciones 6, 9, 10 y luego la 18 y su modificatoria 23 de 2002, que prescribieron los cronogramas de vencimiento y la reprogramación de la totalidad de los depósitos del sistema financiero y bancario a varios años.

Todo esto, a lo que debe sumarse el sistema de circulares del Banco Central, fue conformando un conjunto de normas profusas, difusas y en algunos casos contradictorias -que no vale la pena analizar por razones de brevedad- pero que produjeron estos efectos:

a) la configuración de una segunda versión del «corralito», mucho más restrictiva de los derechos individuales que la anterior, y

b) la puesta de relieve de una manifiesta improvisación gubernativa en una materia tan delicada como la monetaria y cambiaria, que fue

profundizando la angustia e impotencia de los ahorristas y en definitiva del pueblo argentino <sup>19</sup>.

Recordamos que dicha Resolución 23 fue dictada el 21 de enero y fue luego objeto de particular análisis en cuanto a su razonabilidad -según el art. 28 de la Ley Suprema de la Nación- por el más alto tribunal en el fallo del caso «Smith», que con fecha 1 de febrero declarara la inconstitucionalidad del «corralito», por privar y aniquilar el derecho de propiedad (Considerando 15).

Como respuesta a dicho fallo de la Corte, el Poder Ejecutivo Nacional -luego de declaraciones públicas contrarias al Tribunal efectuadas por el propio presidente y su ministro de Economía y de impulsar el juicio político por esta cuestión- con fecha domingo 3 de febrero de 2002 dictó el decreto de necesidad y urgencia 214 que en su art. 1º transformó en pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras y en el art. 2º convirtió a cada dólar en un peso con cuarenta centavos para su devolución por las entidades financieras.

O sea que así se terminó de concretar uno de las más graves engaños colectivos, pues se violaron las palabras empeñadas y los contratos de depósitos celebrados con los bancos, además de obligarse a una devolución que sin lugar a dudas significa una verdadera confiscación del patrimonio de los ahorristas, pues es más que evidente que un dólar no vale un peso con cuarenta centavos.

Asimismo, y aumentando el daño causado, por el art. 7º del decreto se dispuso una compensación a los bancos por devolver los dólares de esa manera, lo que también será pagado por el pueblo argentino y por cierto, por los propios ahorristas.

Además de mantenerse los plazos de devolución antes fijados, por el art. 9º se introdujo la opción para los ahorristas de hasta 30.000 dóla-

---

<sup>19</sup> Vale la pena recordar las palabras de Bodin, en el Cap. III de su clásica obra *Los seis libros de la República*: «... En verdad, no hay nada que más aqueje al pobre pueblo como la falsificación de moneda o la alteración de su curso, pues tanto ricos como pobres, en general y en particular, se ven perjudicados enormemente a causa de ello...» (Aguilar, selección, traducción e introducción de Pedro Bravo, pág. 206).

res, de recibir un bono en dicha moneda, cuyo plazo después fuera fijado en 10 años.

Por los arts. 3º, 6º, 8º y 11 se dispuso que las deudas y acreencias en dólares quedaban convertidas a razón del valor de un peso por cada dólar. Ello después significaría, con la reforma dispuesta por el art. 1º del decr. 320, que amplió sin límite alguno la pesificación de las deudas antes fijada en 100.000 dólares, otra enorme licuación de pasivos de los sectores económicamente más poderosos del país, aspecto en el que no podemos detenernos por razones de brevedad.

Por el art. 4º se estableció que a los depósitos y deudas antes referidas se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central y que se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos.

Por el art. 10 se ordenó a las entidades financieras depositar en el Banco Central todos los billetes de dólares estadounidenses.

Este decreto, cuya inconstitucionalidad sostenemos por las razones antes apuntadas en cuanto al 1570 y las que más adelante agregaremos, sin embargo agregaría otro muestra especial de desvarío en materia institucional. En efecto, el art. 12, textualmente dispuso: «A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de *ciento ochenta* (180) días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto N° 1570/01, por la ley N° 25.561, el decreto N° 71/02, el presente decreto, las resoluciones del *Ministerio de Economía* y del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dichas materias».

A su vez, en los fundamentos del decreto se decía lo siguiente: «Que la preservación de la paz social como el necesario reordenamiento de las relaciones jurídicas, no se compadece con la masiva concurrencia a los tribunales de quienes procuran la resolución de sus pretensiones, cuando ellas son de imposible satisfacción, sin causar daño irreparable a la economía y al derecho de todos aquellos que no podrían ver satisfechos sus propios derechos de propiedad, de producirse el colapso final del sistema financiero.

Que por esta razón, corresponde disponer la suspensión temporaria de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y

ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las normas y disposiciones dictadas en el marco de la crisis y la emergencia».

Este artículo significó otra gravísima violación del orden constitucional, porque afectó el derecho a acceder a la justicia, al propio art. 43 que regula el amparo y a distintos tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, entre los que se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 25 se refiere en particular a este tema. Por ello dicho art. 12 fue reiteradamente declarado inconstitucional por numerosos magistrados que honraron el cumplimiento de su alta misión en defensa de la Ley Suprema de la Nación <sup>20</sup>.

En cuanto a esta cuestión, sólo agregaremos que en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en el Distrito Federal de México, señaló el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Cancado Trinidad, que las violaciones más comunes a partir de los 90 son las vinculadas con las garantías judiciales, con el derecho de acceder a la justicia mediante un procedimiento sencillo y eficaz, y con la necesidad de asegurar la independencia del Poder Judicial <sup>21</sup>. Por ello, no podemos dejar de manifestar nuestra honda preocupación por la declinación ocurrida en el país también en este aspecto, tal como lo han manifestado la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Los artículos posteriores del decreto introdujeron modificaciones a la ley de entidades financieras y a la Carta Orgánica del Banco Central, de significativa importancia, cuyo análisis no efectuaremos por exceder nuestros propósitos.

En definitiva, para finalizar con la consideración de este decreto de necesidad y urgencia, a las razones anteriormente esgrimidas en cuanto

---

<sup>20</sup> Entre los que destacamos a los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que con fecha 5 de febrero de 2002, al otro día de la publicación del decreto, en el caso «A. Aldana S.B. c/ P.E.N. y otros - Amparo» se anticiparon con sólidos fundamentos a declarar su inconstitucionalidad. Y lo propio hicieron otros jueces federales, como los de Córdoba.

al decr. 1570, sumamos ahora las siguientes para sostener su inconstitucionalidad:

a) Desconoció de manera más ostensible y profunda los derechos de propiedad, defensa del valor de la moneda y al desarrollo humano.

b) Conculcó el derecho de acceder a la justicia.

c) Lesionó otros derechos, como el de trabajar y ejercer toda industria lícita, enseñar y aprender, entrar y salir del país, a la salud, a la vida y a la dignidad. Este menoscabo de derechos producido depende de las distintas situaciones excepcionales que se están observando a través de los amparos presentados en la Justicia <sup>22</sup>.

### **VIII. El decreto de necesidad y urgencia 320 y las últimas medidas sobre el «corralito»**

Con fecha 15 de febrero de 2002 se dictó un nuevo decreto de necesidad y urgencia, el 320, que tal como lo adelantáramos, efectuó modificaciones al decr. 214, destinadas a aclarar que la pesificación de todas las obligaciones era a razón de un peso por un dólar, en su art. 1º y que el art. 8º del citado decreto es de aplicación exclusiva a los contratos y relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561, en su art. 2º. Asimismo sustituyó el art. 12 de aquel decreto, por el siguiente texto: «A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de *ciento ochenta* (180) días el cumplimiento de las medidas

---

<sup>21</sup> Nota periodística del 14/2/02, en la pág. A6 del diario El Universal, del Distrito Federal de México.

<sup>22</sup> Según informaciones periodísticas, se habrían presentado ya más de 100.000 acciones de amparo, lo que nos indica de manera clara, la continuidad de la reacción popular contra el «corralito». A su vez, en base a los casos que conocemos en virtud del ejercicio profesional de la abogacía -que en modo alguno abarcan la cifra mencionada- hemos podido señalar esos nuevos derechos afectados, que pueden alcanzar a otros más, según las determinadas situaciones comprendidas. Sería muy ilustrativo un análisis de los casos en cuestión, por las conclusiones que seguramente algún día tendremos, sobre las consecuencias y daños producidos en los aspectos no sólo materiales sino también morales por el tema en estudio.

cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto N° 1570/01, en la ley N° 25.561, en el decreto N° 71/02, en el presente decreto, en el decreto N° 260/02, en las Resoluciones del *Ministerio de Economía* y en las circulares y demás disposiciones del *Banco Central de la República Argentina* dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dicha normativa.

Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales referidos a dicha normativa.

La suspensión de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias dispuesta precedentemente, no será de aplicación cuando mediaren razones que a criterio los magistrados actuantes, pusieran en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas. Tampoco será de aplicación respecto de aquellas personas de *setenta y cinco (75)* o más años de edad».

Este cambio se operó ante las fuertes críticas recibidas por la norma anterior, sin dejar de limitarse el cumplimiento de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias vinculadas al «corralito» durante ese lapso de 180 días. Asimismo agregó en su último párrafo la posibilidad de que los jueces no apliquen dicha limitación, para los casos excepcionales indicados.

En los fundamentos del decreto se efectúan continuas citas del fallo de la Corte Suprema en el conocido caso «Peralta» de 1990, además de otras leyes de emergencia que efectuaron suspensiones similares.

Ya caracterizada doctrina que compartimos criticó dicho fallo en su oportunidad<sup>23</sup>, a lo que sumamos la argumentación efectuada a lo largo

---

<sup>23</sup> Véanse en tal sentido las obras de Alejandro PÉREZ HUALDE, *Decretos de necesidad y urgencia*, Depalma, Buenos Aires, 1995 y Mario MIDÓN, *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

de este estudio para los anteriores decretos, para concluir que este último tampoco se adecua a la Ley Suprema de la Nación. En definitiva, es parte de la pseudo arquitectura jurídica que conformará este llamado «corralito» financiero y bancario, cuya inconstitucionalidad consideramos haber demostrado.

Con fecha 5 de marzo de 2002 se han conocido nuevas decisiones del gobierno, que a la intención anunciada de permitir la compra de bienes registrables con los depósitos confiscados, agrega ahora la posibilidad de la elección de tres bonos, dos en dólares y el tercero en pesos, a diez años de plazo (como en el Plan Bonex) y que se indican como la última posibilidad de abrir este sistema <sup>24</sup>. De más está decir que ello ratifica una vez más la continua reiteración de medidas inconstitucionales que se siguen adoptando a partir de la instauración del «corralito».

## IX. Emergencia y orden constitucional

El origen de este problema se encuentra en la difícil y traumática relación entre poder y derecho, tema que nos obligaría a una consideración filosófica, histórica, sociológica y politológica, que por distintas razones no abordaremos, pero que nos sirve para señalar la complejidad de la cuestión en estudio.

Se ha señalado que en el diálogo entre Sócrates y Trasímaco relatado por Platón en el Libro I de la *República*, se encuentra el primer antecedente sobre el conflicto entre las teorías que entienden al derecho como *voluntas* (voluntad) y las que lo consideran como *ratio* (razón), lo que después originaría las escuelas «realista» e «idealista» del derecho <sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Según la información periodística de La Voz del Interior, del 5 de marzo de 2002, atribuida a declaraciones del ministro de Economía, Remes Lenicov. Asimismo, también se anuncia allí que el bono de compensación a los bancos que el art. 7º del decr. 214 había previsto, por la devolución de cada dólar a uno con cuarenta pesos, se ha estipulado en 14.000 millones de dólares, terminándose de concretar esta otra lesión no sólo a los ahorristas sino a todo el pueblo argentino, que ahora tiene que pagar dicha suma, que ha engrosado nuestra pesada deuda externa.

<sup>25</sup> Confr. Gabriel L. NEGRETTO, «Emergencia y crisis constitucional en la Argentina», *El Derecho*, 1989, t. 154, pág. 883.

Ya en el antiguo derecho romano existieron instituciones de emergencia como el «*senatus consultus ultimum*» (decisión por la que se reunían en la autoridad ejecutiva los poderes en situación de crisis), la «*legibus solvere*» (dispensa de las leyes en casos particulares) o la «dictadura» (cuando se otorgaba a un ciudadano distinguido plenos poderes por tiempo limitado y breve para defender la república) y se acuñaron aforismos como «*salus populi suprema lex est*» (el bienestar del pueblo es la ley suprema) o «*necessitas non habet legem*» (la necesidad no conoce ley), para fundamentar la posición de quienes no querían aceptar condicionamientos de orden legal en situaciones excepcionales, como así también el contrario «*necessitas ius constituit*» (la necesidad constituye derecho), que trataba de restringir y limitar el ejercicio del poder en dichas circunstancias.

Gabriel L. Negretto dice que estos conceptos nos conducen a una pregunta crucial en toda filosofía política: ¿puede el derecho ser un límite al ejercicio del poder?, cuya respuesta ha originado dos teorías opuestas: la absolutista y la liberal, que considera expresiones de aquel debate inicial sobre las relaciones entre poder y derecho. El autor ubica en la primera posición filosófica a Hobbes, que expuso la fórmula «*Es la autoridad, no la verdad, la que crea el derecho*» en el Cap. XXVI del *Leviathan*. Esta idea sería renovada ya en el siglo XX por Carl Schmitt, quien sostuvo que sólo una decisión definitiva y concreta (no necesariamente justa o racionalmente justificable) acerca de la existencia de la emergencia y de las medidas que deben adoptarse podría preservar la existencia del Estado (en su *Teología política*) y devenir de hecho en soberano dentro del Estado (en su obra *La dictadura*).

Por el contrario, la filosofía política liberal sobre poderes de emergencia encuentra su formulación clásica en John Locke en su *Tratado sobre el gobierno civil* donde propuso el imperio del derecho (*rule of law*) como una prescripción racional dirigida a proteger a los individuos del ejercicio arbitrario del poder y cuyos derechos debían ser tutelados por el Parlamento, como representación del pueblo.

Estas ideas fueron desarrolladas por el constitucionalismo liberal o clásico en los siglos posteriores y han servido para la caracterización del Estado constitucional y democrático de derecho. Ya en el siglo XX autores como Frederick Watkins, Carl Friedrich y Clinton Rossiter, al desarrollar el modelo de la «dictadura constitucional» (que encierra una cierta contradicción en los términos) pusieron el énfasis en dos aspectos des-

atendidos por la teoría clásica: en primer lugar, que la prerrogativa (entendida como el acrecentamiento de poderes en la emergencia) debía ser compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo y finalmente, que la intervención del Poder Judicial debe ser esencial para controlar el ejercicio de las facultades de excepción <sup>26</sup>.

*«Dicho modelo -dice Negretto- se construyó como un verdadero tour de force en la búsqueda por resolver la aparentemente insoluble contradicción entre la necesidad política y derecho, apelando a la colaboración entre las distintas funciones del poder. Dada su capacidad de acción unitaria y eficaz, el Poder Ejecutivo permanece en esta teoría como el mejor posicionado para actuar dentro de la emergencia. Lo esencial, sin embargo, es uno acordarle un igual reconocimiento a la posibilidad de actuar en forma autónoma y aislada. En particular, el Poder Legislativo debe cumplir su función propia al determinar por ley en qué circunstancias puede la emergencia ser declarada, así como los límites de tiempo y la extensión de las medidas a adoptarse. El Poder Judicial, por otra parte, es la única rama del gobierno que puede establecer los límites constitucionales que deben observar las medidas de emergencia a fin de proteger los derechos individuales, no sólo contra los posibles abusos del ejecutivo, sino también del Legislativo»* <sup>27</sup>.

Compartimos la opinión de este autor de que este paradigma liberal en su versión moderna, es el único compatible con la defensa de una democracia constitucional en situaciones de emergencia, pues sólo así se puede alcanzar el delicado equilibrio entre legitimidad y eficacia, requeridos por el régimen democrático en circunstancias críticas y excepcionales <sup>28</sup>.

En esta línea de pensamiento, Linares Quintana sostiene que la *«libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia»* y recuerda que quien planteara esta cuestión con su particular brillantez fue José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873:

---

<sup>26</sup> Confr. Gabriel L. NEGRETTO, ob. cit., págs. 884/887.

<sup>27</sup> Gabriel L. NEGRETTO, ob. cit., pág. 887.

<sup>28</sup> Confr. Gabriel L. NEGRETTO, ob. cit., pág. 887.

*«...Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?...¿Qué me importa tener leyes, Constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?»<sup>29</sup>.*

En este marco teórico debemos concluir en que esta legislación vinculada al «corralito» en modo alguno puede encuadrarse en la respuesta correspondiente a la emergencia dentro del orden constitucional liberal, sino en el modelo contrario<sup>30</sup>.

Nos parece pertinente citar esta opinión de Bidart Campos, por su aplicación al tema en estudio: *«... con las emergencias económicas hay que tomar una precaución inicial, porque generalmente tienen origen -próximo o remoto, mediato o inmediato- en las políticas del Estado. No se desencadenan por arte de magia ni de la naturaleza; tampoco por obra exclusiva de los particulares (a menos que el poder económico haya convertido al gobierno de turno en un rehén que debió adoptar las medidas complacientes para con él)».* Y más adelante expresa que *«... no es justo ni razonable que la consecuencia para enmendarla y superarla (a la emergencia) se transfiera a*

---

<sup>29</sup> Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1963, t. 5, págs. 396/397.

<sup>30</sup> Por ello ha sido tan contundente la reacción popular y la de los abogados, a la luz de las declaraciones públicas de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Por ello también hoy nuestro país es objeto de preocupación y dolor en el exterior, como se advierte por las noticias difundidas por la prensa y hasta por una colecta realizada en España. A su vez, en los centros de estudio, revistas especializadas y organismos internacionales, esta crisis es especialmente analizada pudiendo conocerse distintas opiniones y artículos al respecto. En particular, nos ha impresionado uno de ellos publicado sobre el «corralito» por Steve H. Hanke, profesor de Economía Aplicada de la John Hopkins University, en Baltimore, Maryland, Estados Unidos, el 4 de marzo pasado, que se titula: «Legalized theft: Argentina's rulers cannot resurrect an economy by ignoring the rule of law and plundering private property», o sea «Robo legalizado: los gobernantes argentinos no pueden resucitar la economía ignorando el Estado de derecho y saqueando la propiedad privada» (ver [www.cato.org](http://www.cato.org) y también la revista «Forbes Magazine»).

*los gobernados, que no tuvieron arte ni parte en la equivocación. Por ende, hay que tomar con beneficio de inventario el principio legitimante de las restricciones razonables al ejercicio de los derechos en tiempos de emergencia. Y esto nos hace partir de la presunción de arbitrariedad cuando la limitación al ejercicio de un derecho es muy severa o rigurosa»*<sup>31</sup>.

Terminamos este trabajo esperando que el Congreso y el Poder Ejecutivo adopten las medidas necesarias para poner fin a este maléfico engendro del «corralito» y que mientras tanto, los distintos jueces de la Nación sigan adoptando decisiones que impidan la conculcación de los derechos constitucionales afectados, además de las destinadas a profundizar las investigaciones por las responsabilidades pertinentes.

En una frase que pensamos aplicable a la actual hora del país, Séneca decía que *«para el navegante que no sabe dónde ir, nunca hay vientos favorables»* y por ello, con el compromiso renovado de la lucha por el derecho que nos reclamaba Von Ihering, debemos insistir en que el gran norte está en el cumplimiento de los fines y normas de la Constitución, como supremo pacto de la argentinidad.

---

<sup>31</sup> Germán J. BIDART CAMPOS, «Las reducciones salariales por emergencia económica», L.L., 1998-A, pág. 62 y ss..



# EL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

por ERNESTO J. REY CARO \*

**SUMARIO:** Palabras preliminares. 1. Introducción. 2. El nuevo Protocolo. 3. Los procedimientos instituidos. 3.1. Las negociaciones directas. 3.2. Intervención del Grupo Mercado Común. 3.3. Procedimiento arbitral *ad hoc*. 3.4. Procedimiento de revisión. 4. Medidas compensatorias. 5. Reclamo de particulares. 6. Disposiciones generales y transitorias. 7. Disposiciones finales. 8. Conclusiones.

## Palabras preliminares

A más de diez años de la adopción del Tratado de Asunción, la cuestión de la solución de controversias sigue concitando la atención de los estudiosos y críticos del proceso de integración que puso en marcha aquel instrumento.

Muchos han sido los conflictos que se han suscitado entre los Estados durante este tiempo y algo tardíamente -año 1999- comenzaron los pronunciamientos de los tribunales arbitrales *ad hoc* contemplados en el Protocolo de Brasilia.

La aplicación de los mecanismos previstos en este acuerdo puso de manifiesto algunos vacíos o falencias que se intentaron enmendar en el Protocolo de Ouro Preto y luego, más recientemente, en el Reglamento del Protocolo de Brasilia aprobado por la Consejo Mercado Común, a fines de 1998.

Sin embargo, siempre subsistieron algunos interrogantes en torno de la eficacia de los procedimientos y medios pergeñados para garantizar la correcta aplicación e interpretación de las normas del Mercosur, que no

---

\* Académico de número.

tuvieron una respuesta satisfactoria pese a que la jurisprudencia arbitral, aunque limitada por el número de laudos hasta ahora emitidos, ha comenzado a desarrollar su esclarecedora función.

Dentro de las limitaciones impuestas por la falta de cumplimiento de las etapas originariamente previstas para alcanzar los objetivos fundacionales y por las diferentes perspectivas de los países miembros en muchos aspectos vinculados con tales objetivos, se ha elaborado otro régimen transitorio, el llamado Protocolo de Olivos.

El propósito de este breve trabajo es efectuar un examen de las nuevas normas y señalar diferencias o coincidencias con las actualmente vigentes y destacar las innovaciones más trascendentes en una temática tan rica, de permanente actualidad y de constante evolución en todos los procesos de integración continentales y extracontinentales. Valgan como ejemplo los «sistemas» de la Comunidad Andina y de las Comunidades Europeas, que desde su instauración han experimentado profundas mutaciones.

Se trata de un «comentario» con el cual hemos pretendido continuar la tarea de investigación que ha sido materia de otra obra de esta colección de Estudios de Derecho Internacional.

## **1. Introducción**

El 18 de febrero de 2002, se suscribió en Olivos, provincia de Buenos Aires, República Argentina, un nuevo instrumento para regular la solución de controversias en el Mercosur. No se trata del «Sistema Permanente» previsto en el Anexo III del Tratado de Asunción de 1991, sino de otro «régimen transitorio» que modifica el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de este mismo año y su Reglamento, aprobado por el Consejo Mercado Común por Decisión 17/98, como así también algunos dispositivos del Protocolo de Ouro Preto.

Los mecanismos actualmente vigentes han servido para dirimir muchos diferendos surgidos entre los Estados Partes, pero desde hace varios años se advirtió que era necesario introducir algunas modificaciones para suplir omisiones iniciales o deficiencias que se advirtieron o pusieron de manifiesto como consecuencia de la aplicación de los métodos pergeñados.

Han sido numerosos los autores que han examinado esta materia y que han formulado críticas al sistema, sin perjuicio de las abundantes

propuestas elaboradas para el perfeccionamiento de tales mecanismos, que cubren un amplio abanico de posibilidades.

Los debates se han sucedido en diferentes foros y sus ecos llegaron al seno de los órganos del Mercosur, más allá de que el tema convocara la atención en diferentes ámbitos gubernamentales de los países miembros.

La preocupación por el estancamiento del Mercosur a fines de la década pasada, indujo a los principales protagonistas del proceso a promover un «relanzamiento», que incluyó el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias.

Con esta última finalidad, el Consejo Mercado Común, adoptó la Decisión N° 25/00, por la que instruyó al Grupo Mercado Común para que, a través del Grupo *Ad Hoc* Aspectos institucionales, analizara y presentara antes del 10 de diciembre de 2000 una propuesta integral vinculada con el perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia de 1991.

Tal decisión, determinó que el órgano encargado debía, entre otros temas, abordar los siguientes:

- a) El perfeccionamiento de la etapa posterior al laudo arbitral, en particular el cumplimiento de los laudos y el alcance de las medidas compensatorias;
- b) Elaborar criterios para la conformación de listas de expertos y árbitros, y para su designación en cada caso;
- c) Asegurar una mayor estabilidad a los árbitros;
- d) Buscar alternativas para una interpretación uniforme de la normativa Mercosur;
- e) Proponer mecanismos para agilizar los procedimientos existentes, e implementar procedimientos sumarios para casos determinados.

El Grupo *Ad Hoc*, presentó un «Proyecto de Perfeccionamiento», cuyas principales propuestas fueron:

1. Reducción de las tres fases actuales del Protocolo de Brasilia -negociaciones directas, intervención del Grupo Mercado Común, Tribunal Arbitral *Ad Hoc*-, a dos, eliminándose la segunda fase;
2. Creación de una lista específica de terceros árbitros que desempeñarían la presidencia del Tribunal, con la finalidad de conferir mayor calidad y uniformidad los laudos arbitrales;
3. Creación de un tribunal de apelación, constituido por cinco árbitros;
4. Introducir normas relacionadas con la fase posterior al laudo arbitral, en especial referidas a la implementación del laudo y niveles de compensación.

Posteriormente, el Consejo Mercado Común, adoptó la Decisión N° 65/00, estableciendo un Grupo de Alto Nivel (GAN) que tuvo como primordial función presentar otra propuesta. Este Grupo se reunió en Asunción y en Montevideo, presentando finalmente un proyecto de Protocolo <sup>1</sup>, que se constituyó en la columna vertebral del instrumento finalmente adoptado.

## 2. El nuevo Protocolo

El Protocolo de Olivos ha dedicado los diez primeros capítulos a las controversias entre Estados, el Capítulo XI al reclamo de particulares, el Capítulo XII a las disposiciones generales, el Capítulo XIII a las disposiciones transitorias y el Capítulo XIV, a las disposiciones finales. En lo posible, para el examen de este instrumento, seguiremos el orden consagrado en el mismo.

El art. 1° regula el ámbito de aplicación del Protocolo. En el *numeral 1*, sigue los lineamientos del Protocolo de Brasilia: «Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo». El Protocolo de Brasilia no mencionaba el Protocolo de Ouro Preto ni las directivas de la Comisión de Comercio por haber sido tanto aquel instrumento, como la creación de este órgano, posteriores a 1991.

La novedad radica -*numeral 2*- en haber regulado la cuestión de las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del Protocolo en estudio que pudieran también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio «*o de otros esque-*

---

<sup>1</sup> Doc. Mercosur/ GANPSSC/DT N° 1/01

*mas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur*». En este caso, se puede someter la controversia a uno u otro foro, a elección de la parte demandante, sin perjuicio de que las partes en la controversia pudieran de común acuerdo, elegir otro foro. Pero, una vez iniciado un procedimiento al amparo de uno de los foros, ninguna de las partes puede recurrir a los mecanismos regulados en los otros foros, tratándose del mismo objeto. La parte final del 2º apartado, reserva al CMC la potestad de reglamentar los aspectos relativos a la opción del foro.

El Grupo de Alto Nivel había contemplado únicamente las controversias «*con relación a una norma de la Organización Mundial del Comercio que haya sido incorporada a la normativa Mercosur*», proponiendo la misma solución, aunque no preveía la posibilidad de un común acuerdo para la elección del foro <sup>2</sup>.

La solución seguida en el Protocolo de Olivos ha sido más amplia en la casuística contemplada, aunque podría surgir alguna incompatibilidad con el Convenio de la OMC con relación a la iniciación del procedimiento.

Otra materia también nueva es la referida a la resolución de divergencias «*sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes*», cuestión esta abordada en el art. 2º. Se deja abierta la posibilidad de que se establezcan «*mecanismos expeditos*» y se otorgan al CMC facultades bastantes amplias al respecto, como definir y aprobar las reglas de funcionamiento, el alcance de los mecanismos y la naturaleza de los pronunciamientos que se produjeran. Se siguió textualmente la propuesta del GAN.

El GAN igualmente había incorporado la cuestión de las opiniones consultivas, proponiendo dos alternativas. La primera, que los

---

<sup>2</sup> «En caso que surja una controversia con relación a una norma de la Organización Mundial del Comercio que haya sido incorporada a la normativa Mercosur, la misma podrá someterse a uno u otro foro a elección de la parte reclamante. Una vez iniciado el procedimiento conforme al presente Protocolo o al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, ninguna de las partes podrá recurrir al otro foro respecto del mismo asunto, en base a la norma Organización Mundial del Comercio que haya sido incorporada a la normativa Mercosur».

Estados Partes en el Mercosur podrían solicitarlas «de modo conjunto» al Tribunal Permanente de Revisión, con relación a la interpretación y aplicación de la normativa señalada en el art. 1º, teniendo como finalidad «tanto procurar prevenir una eventual controversia como requerir una expresión de opinión no vinculada a una eventual controversia específica». Se derivaba el aspecto reglamentario al CMC. La segunda alternativa fue la que se siguió casi textualmente en el art. 3º del Protocolo de Olivos, aunque sin incluir la parte final de la propuesta del GAN que establecía expresamente que tales opiniones consultivas no tendrían carácter obligatorio.

Por lo tanto, dicho precepto establece: «El Consejo Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos».

Creemos que hubiera sido más adecuado regular directamente la cuestión en el Protocolo y determinar expresamente el carácter o valor de las opiniones consultivas y no dejar la materia a la discrecionalidad del CMC, órgano que según el artículo examinado «podrá» o no regularla.

### **3. Los procedimientos instituidos**

En los siguientes capítulos el Protocolo aborda los distintos mecanismos de solución de controversias -negociaciones directas, intervención del Grupo Mercado Común, arbitraje- siendo las innovaciones más trascendentes en relación con el Protocolo de Brasilia, el hecho de que la segunda fase se convierte en optativa y, por supuesto, la creación del Tribunal Permanente de Revisión.

#### *3.1. Las negociaciones directas*

En cuanto a las negociaciones directas -materia sobre la cual el GAN no había efectuado ninguna propuesta modificatoria del régimen vigente-, el art. 4º las mantiene como la primera fase y obligatorias: «Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas».

El siguiente dispositivo reitera casi textualmente lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia, alterando acertadamente el orden de los numerales establecidos en el art. 3° de este último instrumento<sup>3</sup>, al margen de modificar el hecho a partir del cual se computa el plazo de los 15 días, adoptando en este aspecto la solución dada en el art. 3° del Reglamento del Protocolo de Brasilia<sup>4</sup>.

El art. 5° referido, que regula el procedimiento y plazo, prescribe textualmente: «1. Las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las partes en la controversia, exceder un plazo de quince (15) días a partir de la fecha en que una le comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia.

2. Los Estados Partes en una controversia informarán al Grupo Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa del Mercosur, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de la misma». Creemos que de la misma forma que con otros dispositivos del nuevo Protocolo, podría haberse aprovechado la oportunidad para introducir otras normas incluidas en el Reglamento del Protocolo de Brasilia, que aclaró, complementó, e incluso modificó preceptos de este último instrumento, aunque se haya previsto que el CMC habrá de reglamentar el Protocolo de Olivos (art. 47). En su momento estimamos que las modificaciones de los dispositivos del instrumento principal por la vía reglamentaria, no era la técnica legislativa más adecuada<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> «1. Los Estados Partes en una controversia informarán al Grupo Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas.

2. Las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las partes, exceder un plazo de quince (15) días a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes planteó la controversia.»

<sup>4</sup> «El plazo de quince (15) días establecido en el artículo 3.2 del Protocolo de Brasilia se contará desde la fecha en que el Estado Parte que plantea la controversia la comunique al otro u otros Estados Partes involucrados. Dicha comunicación se cursará por intermedio de los Coordinadores Nacionales del Grupo Mercado Común.»

<sup>5</sup> Conf. «Comentario al Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el Mercosur», en Revista de Derecho del Mercosur, Buenos Aires, La Ley, año 3, N° 3, junio de 1999, pág. 19.

### 3.2. *Intervención del Grupo Mercado Común*

En cuanto a la intervención del Grupo Mercado Común (GMC) -segunda fase obligatoria prevista en el Protocolo de Brasilia-, como lo anticipáramos, deviene facultativa. Así se desprende del *numeral 1* y de la primera parte del *numeral 2* del art. 6º: «1. Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada sólo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo VI.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, los Estados Partes en la controversia podrán, de común acuerdo, someterla a consideración del Grupo Mercado Común».

Esta solución tomó cuerpo en los primeros esbozos elaborados en el seno del Grupo Ad Hoc y del GAN y este último lo incluyó expresamente en el Proyecto. La práctica había demostrado que esta instancia prevista en el Protocolo de Brasilia, no había sido fructífera

La otra modificación, también propuesta por el GAN, e incorporada en el *numeral 3* del citado artículo, consiste en que la controversia pueda ser llevada a consideración del GMC si otro Estado que no sea parte en la controversia «*requiera justificadamente tal procedimiento al término de las negociaciones directas*», sin que este petitorio produzca la interrupción del procedimiento arbitral promovido por la parte demandante, salvo acuerdo entre los Estados Partes en la controversia. En este caso, el numeral 2 del art. 7º, ha establecido las facultades del GMC al respecto. Esta es una previsión de carácter excepcional.

En cuanto al procedimiento ante el Grupo Mercado Común, no se han introducido modificaciones sustanciales con relación al consagrado en el Protocolo de Brasilia <sup>6</sup>, aunque ha sido más específico que éste. Las atribuciones del Grupo Mercado Común ha sido la materia

---

<sup>6</sup> Art. 4º: «2. El Grupo Mercado Común evaluará la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia para que expongan sus respectivas posiciones y requiriendo, cuando lo considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que se hace referencia en el artículo 30 del presente Protocolo.

del art. 7º: «1. Si la controversia fuese sometida al Grupo Mercado Común por los Estados Partes en la controversia, éste formulará recomendaciones que, de ser posible, serán expresas y detalladas tendientes a la solución del diferendo.

2. Si la controversia fuere elevada a consideración del Grupo Mercado Común a pedido de un Estado que no es parte en ella, el Grupo Mercado Común podrá formular comentarios o recomendaciones al respecto».

El plazo para la intervención y el pronunciamiento del Grupo Mercado Común -art. 8º-, no puede extenderse más allá de los treinta días a contar de la fecha de la reunión en que la controversia fue sometida a consideración del GMC.

Cabe recordar que el Reglamento del Protocolo de Brasilia dedicó varios dispositivos -arts. 5º, 6º, 7º y 8º- a regular pormenores del procedimiento ante el GMC<sup>7</sup>. Posiblemente también algunos de ellos serán incluidos en la reglamentación del Protocolo de Olivos.

---

3. Los gastos que demande el asesoramiento serán sufragados en montos iguales por los Estados Partes en la controversia o en la proporción que determine el Grupo Mercado Común».

Art. 5º: «Al término de este procedimiento el Grupo Mercado Común formulará recomendaciones a los Estados Partes en la controversia tendiente a la solución del diferendo».

Art. 6º: «El procedimiento descrito en el presente capítulo no podrá extenderse por un plazo mayor a treinta (30) días, a partir de la fecha en que se sometió la controversia a la consideración del Grupo Mercado Común».

<sup>7</sup> Art. 5º: «Cuando el Grupo Mercado Común considere necesario requerir el asesoramiento de expertos, según lo establecido en el artículo 4.2 del Protocolo de Brasilia, la designación de los mismos se regulará de conformidad a lo establecido en el artículo 30 de dicho Protocolo. Al efectuar la designación de los expertos, el Grupo Mercado Común definirá el mandato y el plazo al cual deberán ajustarse».

Art. 6º: «Los expertos elevarán al Grupo Mercado Común un dictamen conjunto en el plazo que éste determine. Si no pudiera llegarse a un dictamen conjunto se remitirán, en el plazo establecido, las distintas conclusiones de los expertos».

Art. 7º: «Los expertos previstos en los artículos 4º y 29 del Protocolo de Brasilia, incluidos en la lista elaborada de acuerdo al artículo 30 de dicho Protocolo, al ser designados para actuar en un caso específico, firmarán una declaración de aceptación del cargo por el cual asumirán el compromiso de actuar con independencia técnica, honestidad e imparcialidad en los términos establecidos en el siguiente texto» (se omite su descrip-

### 3.3. Procedimiento arbitral *ad hoc*

El Capítulo VI ha sido dedicado al arbitraje *ad hoc* y ha seguido los lineamientos del proyecto del GAN, que incluyó algunas modificaciones al régimen del Protocolo de Brasilia, supliendo algunas omisiones y avanzando en las exigencias para la conformación de las listas de árbitros.

En la faz inicial, la Secretaría Administrativa del Mercosur desempeña un papel primordial, correspondiéndole -art. 9º- la recepción de las comunicaciones de los Estados Partes que decidan recurrir al arbitraje, la notificación de esta presentación al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al GMC, y las gestiones administrativas necesarias para el desarrollo de los procedimientos.

En cuanto a la composición del Tribunal Arbitral Ad Hoc -art. 10, numeral 1- de la misma forma que en el Protocolo de Brasilia, se integra con tres árbitros, correspondiéndole a cada Estado Parte en la controversia la designación, en un plazo de 15 días a contar de la fecha en que la Secretaría Administrativa haya efectuado la comunicación referida en el art. 9º, de un árbitro titular de una lista que se conformará siguiendo los criterios establecidos en el art. 11, designándose simultáneamente un árbitro suplente para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa. Si uno de los Estados Partes en la controversia no efectuare la designación de los árbitros en el plazo referido, la SAM los designará por sorteo en un plazo de dos días, contados a partir del vencimiento de los quince días, de la lista de ese Estado prevista en el art. 11. El Protocolo de Brasilia prevé que la designación del árbitro titular se efectuará siguiendo el orden de la lista <sup>8</sup>, omitiendo el procedimiento para la designación del suplente.

---

ción), que deberá ser firmada y devuelta a la Secretaría Administrativa del Mercosur antes del inicio de los trabajos.

Art. 8º: Con el objeto de formular las recomendaciones a que hace referencia el artículo 5º del Protocolo de Brasilia, las Secciones Nacionales del Grupo Mercado Común harán los esfuerzos necesarios para sugerir propuestas tendientes a la solución de la controversia».

<sup>8</sup> «Si uno de los Estados Partes en la controversia no hubiera nombrado su árbitro en el término indicado en el artículo 9º, éste será designado por la Secretaría Administrativa entre los árbitros de ese Estado, según el orden establecido en la lista respectiva».

La designación del tercer árbitro, que desempeñará la presidencia del tribunal ha sido regulada en el *numeral 3* del art. 10. Será realizada de común acuerdo por los Estados Partes en la controversia, de una segunda lista prevista en el art. 11, en el mismo plazo de quince días otorgado a las partes para la designación de sus árbitros, nombrándose simultáneamente de esta misma lista, un árbitro suplente. Cabe señalar que el PB no había previsto la designación del tercer árbitro suplente, falencia que fue enmendada en el art. 9º del Reglamento <sup>9</sup>. Ambos árbitros -titular y suplente-, según la última parte del numeral 3, no pueden ser nacionales de los Estados Partes en la controversia. Esta previsión no había sido incorporada en el PB.

A falta de acuerdo para elegir el tercer árbitro, la SAM, a pedido de cualquiera de las partes en la controversia, debe proceder a designarlo por sorteo, de la segunda lista mencionada, debiendo excluirse a los nacionales de los Estados Partes en la controversia. Se advierte que se necesita la iniciativa de alguna de las partes para que la SAM efectúe el sorteo y que no se ha fijado el plazo dentro del cual la SAM debe proceder al sorteo.

Tal como ocurrió con el PB, no se ha previsto la designación del tercer árbitro suplente cuando no hubiere acuerdo. El Reglamento del PB, suplió esta omisión, como así también la del plazo dentro del cual la SAM debía efectuar el sorteo <sup>10</sup>. Estimamos que ambos aspectos debieron ser regulados en el Protocolo de Olivos.

Los terceros árbitros designados, deben comunicar su aceptación dentro de un plazo de tres días a partir de la notificación de la designación. No se ha previsto plazo de aceptación para los árbitros designados por las partes.

Corresponde a la SAM, la notificación a los árbitros de sus designaciones.

---

<sup>9</sup> «Los Estados Partes en la controversia nombrarán, de común acuerdo, además de los árbitros a que se refiere el artículo 9º del Protocolo de Brasilia, un árbitro suplente, que reúna los mismos requisitos del titular, para sustituir al tercer árbitro en caso de incapacidad o excusa de éste para formar el Tribunal Arbitral, ya sea en el momento de su instalación o durante el curso del procedimiento».

<sup>10</sup> «No habiendo acuerdo para nombrar el tercer árbitro y/o su suplente, la Secretaría Administrativa del Mercosur, a pedido de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, procederá a la designación por sorteo a que se refiere el artículo 12 del Protocolo de Brasilia dentro de los tres (3) días siguientes a dicho pedido».

El art. 11 del PO -referido a la lista de árbitros-, ofrece algunas innovaciones importantes. Como anticipáramos prevé dos listas.

La primera -*numeral 1-*, se integra con doce árbitros designados por cada uno de los Estados Partes, lista que debe quedar registrada en la SAM. La designación de los árbitros, «*conjuntamente con el currículum vitae detallado de cada uno de ellos*» debe ser notificada simultáneamente a los demás Estados Partes y a la SAM. Se concede a cada Estado Parte la facultad de solicitar «*aclaraciones*» sobre las personas designadas para integrar la lista por los otros Estados Partes dentro del plazo de treinta días de practicada la notificación referida. Igualmente se ha impuesto a la SAM la obligación de notificar a los Estados Partes «*la lista consolidada*» de árbitros del Mercosur y las sucesivas modificaciones. Por lo tanto, de acuerdo con el número de Estados Partes tal lista se compondrá de 48 árbitros y no de 40 como está previsto en el PB <sup>11</sup>. Aunque no se ha contemplado en este dispositivo el plazo para la designación de tales árbitros, resulta aplicable la regulación incluida en el art. 49 del PO, es decir treinta días a partir de la entrada en vigor del instrumento.

Al respecto cabe señalar que el PB no prevé la posibilidad de que se soliciten tales «aclaraciones». Asimismo, surgen muchas dudas: ¿A qué aspectos de la persona del árbitro pueden estar referidas tales aclaraciones? ¿Dentro de qué plazo deben responderse las aclaraciones? ¿Qué acontece si se formulan observaciones? ¿Cuándo se puede considerar que la lista queda «consolidada»? Se trata de aspectos que pueden dar origen a controversias, por el alto grado de subjetividad que conlleva un pedido de aclaración, sin una debida reglamentación. Puede suponerse que el *leit motiv* de aquellas previsiones responde a la idea de que la lista se integre con personas de reconocida competencia para desempeñar la función de árbitro, condiciones incluidas en el PB <sup>12</sup> y el art. 35 del propio Protocolo de Olivos, como veremos más adelan-

---

<sup>11</sup> «Cada Estado Parte designará diez (10) árbitros, los que integrarán una lista que quedará registrada en la Secretaría Administrativa. La lista, así como sus sucesivas modificaciones, será puesta en conocimiento de los Estados Partes».

<sup>12</sup> «Los árbitros que integren las listas a que hacen referencia los artículos 10 y 12 deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia».

te. Creemos que cada Estado tiene la exclusividad en el juicio sobre las aptitudes de las personas que propone y una responsabilidad al respecto. La práctica del arbitraje internacional no ofrece antecedentes que avalen el criterio adoptado en el PO.

En cuanto a la lista de terceros árbitros -*numeral 2*-, cada Estado propone cuatro candidatos, debiendo no ser nacional de ninguno de los Estados Partes del Mercosur, al menos uno de los árbitros indicados por cada Estado. En relación con el plazo para la propuesta, resulta aplicable la previsión del art. 49 del PO.

Esta lista debe ser notificada a los demás Estados Partes a través de la presidencia *pro tempore*, acompañada de los respectivos *curriculum vitae*, facultándose a éstos para «solicitar aclaraciones respecto de las personas propuestas por los demás Estados Partes o presentar objeciones justificadas a los candidatos indicados, conforme con los criterios establecidos en el artículo 35, dentro del plazo de treinta (30) días contados desde que esas propuestas le sean notificadas».

Las objeciones deben ser comunicadas a través del mismo conducto al Estado Parte proponente y si en el plazo de treinta días contado desde su notificación «no se llegare a una solución, prevalecerá la objeción».

Pese a que esta disposición del PO contiene previsiones omitidas en el caso de la primera lista de árbitros, subsisten algunas de las dudas que ya planteamos. Por otra parte, la determinación adoptada para el caso de que no se arribara a una solución, que puede provenir de la adopción de una postura inflexible del Estado objetante, significa el reconocimiento de un verdadero derecho de «veto» respecto del candidato propuesto. Si bien es cierto que la constitución de la lista de terceros árbitros que asumirán la presidencia del tribunal arbitral, puede justificar ciertas exigencias en cuanto a sus personas, creemos que no era necesario adoptar este último procedimiento.

El PO ha receptado casi textualmente la propuesta del GAN. Importa una sustitución de los mecanismos previstos en el PB para la constitución de la lista de terceros árbitros <sup>13</sup> y agrega otros requisitos. Al

---

<sup>13</sup>«1. Si no hubiere acuerdo entre los Estados Partes en la controversia para elegir el tercer árbitro dentro del plazo establecido en el artículo 9º, la Secretaría Administrati-

mismo tiempo, se ha reducido el número de «nacionales de terceros países» que pudieran ser «presidentes» de los tribunales arbitrales *ad hoc*.

La lista definitivamente «consolidada» -compuesta de 16 árbitros- y sus sucesivas modificaciones, acompañadas de los respectivos *curriculum vitae* -art. 11 *in fine*- debe ser registrada en la SAM y notificada a los Estados Partes.

El Capítulo en examen prevé - art. 12-, que las partes en la controversia deben designar sus representantes ante el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, pudiendo nombrar también asesores para la defensa de sus derechos, y que en caso que dos o más Estados sostuvieran la misma posición en el litigio -art. 13- pueden unificar la representación y designar un árbitro de común acuerdo, siguiendo el procedimiento establecido en el Protocolo. Ambas situaciones han sido previstas en los arts. 17 y 14 del PB, respectivamente.

Un dispositivo importante es el art. 14 del PO, referido al «objeto de la controversia». El PB no había incluido norma alguna al respecto y los primeros tribunales arbitrales sentaron criterios no siempre lo suficientemente claros para asegurar una interpretación uniforme e indubitable <sup>14</sup>.

La referida norma -que recoge casi textualmente la propuesta del GAN- prescribe: «1. El objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta presentados ante el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, no pudiendo ser ampliado posteriormente.

2. Los planteamientos que las partes realicen en los escritos mencionados en el numeral anterior se basarán en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, contempladas en el presente Protocolo y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto.

3. Los Estados Partes en la controversia informarán al Tribunal Arbitral *Ad Hoc* en los escritos mencionados en el numeral 1 del presen-

---

va, a pedido de cualquiera de ellos, procederá a su designación por sorteo de una lista de dieciséis (16) árbitros confeccionada por el Grupo Mercado Común. 2. Dicha lista, que también quedará registrada en la Secretaría Administrativa, estará integrada por partes iguales por nacionales de los Estados Partes y por nacionales de terceros países».

<sup>14</sup> Conf. «Apostillas sobre el derecho del Mercosur y la jurisprudencia arbitral», en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 2001, vol. XV, págs. 421-422.

te artículo sobre las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones».

Estimamos que el *numeral 2*, despeja toda duda con relación a que no pueden introducirse ante el Tribunal Arbitral cuestiones que no hayan sido planteadas en las instancias anteriores.

La obligación impuesta en el *numeral 3*, reproduce lo prescrito en el art. 16 del PB.

En cuanto a las «medidas provisionales- materia ésta prevista en el art. 18 del PB y no carente de trascendencia-, el art. 15 del PO introduce modificaciones que suplen algunas omisiones, por una parte, y adapta la norma a la nueva situación derivada de la creación del Tribunal de Revisión, por la otra.

Según el *numeral 1*, se trata de una facultad que el Tribunal Arbitral «puede» ejercer. Es necesaria una petición de parte interesada y que «*existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia...*». El *numeral 2*, dispone que puedan ser dejadas sin efecto «*en cualquier momento*» por el Tribunal, previsión ésta que, aunque obvia, no había sido contemplada en el PB. El GAN había sugerido que el Tribunal podía dejar sin efecto las medidas «con anterioridad a que se dicte el laudo».

El *numeral 3* del artículo en examen prevé que en el caso de que el laudo fuera objeto de recurso de revisión, las medidas provisionales que no hubieran quedado sin efecto antes de dictarse éste, deben mantenerse hasta su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión, al cual corresponde resolver sobre su continuidad o cese.

El proyecto del GAN, incluyó en el precepto pertinente, una cláusula que obligaba a las partes o cumplir con tales medidas provisionales <sup>15</sup>,

---

<sup>15</sup> Art. 16.2 «Las partes en la controversia cumplirán inmediatamente o durante el plazo que el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* determine, cualquier medida provisional hasta que se dicte el laudo a que se refiere el artículo 17 o en su caso el art. 24». [2. *Las partes en la controversia cumplirán inmediatamente o en el plazo en que el Tribunal Ad Hoc determine cualquier medida provisional y en tanto ella permanezca vigente*].

siguiendo en este aspecto, lo dispuesto expresamente en el PB <sup>16</sup>. Sin embargo, esta omisión del PO, quizá obedezca a la idea de que el dictado de las medidas provisionales lleva implícita la obligación de cumplirlas.

En cuanto al laudo arbitral, el PO incluyó una sola norma en el Capítulo VI, cual es -art. 16-, que el Tribunal debe dictar el laudo en un plazo de sesenta (60) días, prorrogable, por decisión del Tribunal, por un plazo máximo de treinta (30) días «*contado a partir de la comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur a las partes y a los demás árbitros, informando la aceptación por el árbitro presidente de su designación*».

El PB dispone -art. 20.1- que «El Tribunal Arbitral se expedirá por escrito en un plazo de sesenta (60) días, prorrogable por en plazo máximo de treinta (30) días, a partir de la designación de su presidente».

Sin duda, el PO ha sido mucho más explícito y ha eliminado muchas dudas implícitas en la previsión del PB. Por otra parte, es obvio que el Tribunal sólo puede expedirse por escrito, razón por la cual ha sido acertada la eliminación de esa frase.

Asimismo, es explicable que muchas cuestiones vinculadas con el laudo arbitral incluidas en el PB, hayan sido tratadas por el PO con posterioridad -Capítulo VIII- por ser aplicables también a los laudos emitidos por el Tribunal Permanente de Revisión. Cabe recordar, asimismo, que el Reglamento del Protocolo de Brasilia, contiene varias normas complementarias, entre ellas una referida a los elementos que deben contener los laudos <sup>17</sup>, que posiblemente se incluirán en la reglamentación prevista del PO.

### 3.4. Procedimiento de revisión

La reforma más trascendente introducida por el PO, es la vinculada con la creación del Tribunal Permanente de Revisión. Esta es la materia abordada por el Capítulo VII del PO.

---

<sup>16</sup> «Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el art. 20».

<sup>17</sup> «El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y deberá contener necesariamente los siguientes elementos, sin perjuicio de otros que el Tribunal Arbitral considere conveniente:

El primer dispositivo de este Capítulo -art. 17- consagra un recurso de revisión ante dicho tribunal, que puede ser interpuesto por cualquiera de las partes en la controversia, contra el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* en un plazo de 15 días a contar de su notificación.

De conformidad con el *numeral 2*, el recurso está limitado «a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo», en tanto por el *numeral 3*, se excluyen los laudos que hubieren sido dictados por dichos tribunales «en base a los principios *ex aequo et bono*», posibilidad esta que se contempla en el art. 34 del PO, que examinaremos más adelante.

Se encargan a la SAM -*numeral 4*-, las gestiones administrativas que le sean encomendadas para el desarrollo de los procedimientos, con la obligación de mantener informados a los Estados Partes en la controversia y al Grupo Mercado Común.

El PO recibió textualmente la propuesta del GAN, y la solución adoptada recogió la idea motriz que prevaleció desde el comienzo de las deliberaciones de éste, en el marco del encargo efectuado originariamente por la Decisión N° 25/00 del CMC, al Grupo Ad Hoc Aspectos Institucionales, que incluía la cuestión de las alternativas para una interpretación uniforme de la normativa Mercosur. En algunas de las propuestas acercadas al Grupo Ad Hoc, se mencionó la constitución de un «tribunal de apelaciones».

- 
- I. Indicación de los Estados Partes en la controversia;
  - II. El nombre, la nacionalidad de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral y la fecha de su conformación;
  - III. Los nombres de los representantes de las partes;
  - IV. El objeto de la controversia;
  - V. Un informe del desarrollo del procedimiento arbitral, incluyendo un resumen de los actos practicados y de las alegaciones de cada uno de los Estados Partes involucrados;
  - VI. La decisión alcanzada con relación a la controversia, consignando los fundamentos de hecho y de derecho;
  - VII. La proporción de los costos del procedimiento arbitral que corresponderá cubrir a cada Estado Parte;
  - VIII. La fecha y el lugar en que fue emitido; y
  - IX. La firma de todos los miembros del Tribunal Arbitral».

No existen elementos para juzgar la razón por la que el GAN optó por la denominación de Tribunal Permanente de Revisión y no de tribunal permanente de apelación. Por las condiciones para la concesión del recurso, sus efectos, y el alcance de las sentencias, desde la perspectiva del derecho interno argentino, por ejemplo, parecería más adecuada la segunda opción.

La amplitud que encierran las expresiones ya mencionadas, «*cuestiones de derecho*» y «*las interpretaciones jurídicas desarrolladas*» otorga un amplio margen a los Estados Partes en la controversia para la interposición del recurso y excedería la idea originaria de crear un órgano para la interpretación uniforme de la normativa Mercosur, ya que como exuda del examen de los laudos hasta ahora dictados, con frecuencia los Tribunales *Ad Hoc* han debido realizar interpretaciones del derecho internacional general y convencional, aplicando lo dispuesto en el art. 19 del PB.

Asimismo, la solución del PO se ha alejado de la propuesta de muchos estudiosos de pergeñar un tribunal siguiendo el modelo de los creados en el marco de la hoy Comunidad Andina o de las Comunidades Europeas. Continúa aún lejana la posibilidad de que los jueces nacionales puedan disponer de un mecanismo de interpretación prejudicial como el consagrado en el marco de esas dos comunidades y de que los particulares puedan resguardar sus derechos mediante un acceso directo a un órgano jurisdiccional.

Por otra parte, no se trata de un órgano «permanente» *stricto sensu*, sino de árbitros sujetos a una «disponibilidad permanente» toda vez que como lo establece el art. 19 de PO, los integrantes del Tribunal «*deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque*».

No obstante, debe reconocerse que ha significado un progreso con relación al PB y que todavía no constituyen los mecanismos adoptados en el PO el «sistema permanente», previsto en el Anexo III del Tratado de Asunción.

Según el art. 18 del PO, el Tribunal bajo examen estará integrado por cinco árbitros, correspondiendo a cada Estado Parte del Mercosur -*numeral 2*- la designación de un árbitro y su suplente que durarán dos años en sus funciones, renovable por no más de dos períodos.

En cuanto al quinto árbitro -*el numeral 3*-, prescribe que será designado por un período de tres años no renovable salvo acuerdo en con-

trario de los Estados Partes, y que *«será elegido por unanimidad de los Estados Partes, de la lista a que hace referencia este numeral, por lo menos tres (3) meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Dicho árbitro tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados Partes del Mercosur. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4 de este artículo».*

Si bien a primera vista podría señalarse que existe una incongruencia y un defecto en la redacción de este numeral, dado que no se establece un plazo para la designación del primer quinto árbitro habida cuenta que el plazo de tres meses está vinculado con el segundo y sucesivos árbitros, lo previsto en el art. 49 del PO desvirtúa en parte la falencia.

La lista referida deberá conformarse con ocho integrantes, correspondiéndole a cada Estado Parte proponer dos de ellos, que deberán ser nacionales de los países del Mercosur.

En caso de no lograrse la unanimidad, la designación deberá ser efectuada por la SAM, por sorteo, entre los integrantes de la mencionada lista, *«dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento de dicho plazo».*

De las normas examinadas, surge que el Tribunal Permanente de Revisión sólo podrá estar constituido por nacionales de los Estados Partes del Mercosur. Asimismo, siendo cuatro los Estados Partes del Tratado de Asunción, dos de los árbitros tendrán la nacionalidad de uno de los Estados Partes.

No obstante, surge una duda en cuanto al alcance del numeral 4, cuando prescribe que *«Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para la designación del quinto árbitro».* ¿Puede interpretarse que de común acuerdo es factible que el quinto árbitro tenga otra nacionalidad?. Una interpretación laxa podría incluir esta posibilidad, ya que se refiere a «criterios para la designación». Sin embargo, hubiera sido mucho más lógico que de haberse previsto esa contingencia se la hubiera consignado expresamente.

Según el numeral 5, *«Por lo menos tres (3) meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados Partes deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos».*

El numeral 6 prevé que en el caso de que el periodo de actuación de un árbitro caduque mientras el árbitro esté entendiendo en una controversia, deberá permanecer hasta su conclusión. El numeral 7 prescribe que se aplicará, en lo que sea pertinente, a los procedimientos descritos

en el artículo bajo examen, lo dispuesto en el art. 11.2. Sin embargo, la casuística contemplada en este último precepto, por su especificidad, origina una gran incertidumbre en torno a los aspectos -de los múltiples que aborda el art. 18- a los que podría ser aplicable tal normativa. Todo parecería indicar que las solicitudes de «aclaración» y las «objeciones justificadas» a los árbitros propuestos para la constitución de los Tribunales *Ad Hoc*, serían extensibles a los candidatos para integrar el Tribunal Permanente de Revisión. Se podría haber despejado toda duda con la inclusión de una norma expresa.

En cuanto al funcionamiento del Tribunal, materia ésta regulada en el art. 20, si la controversia involucra a sólo dos Estados -*numeral 1-*, el Tribunal se integrará con tres árbitros, dos de los cuales serán nacionales de cada Estado Parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la presidencia, debe ser designado por sorteo, entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados Partes en la controversia, designación esta última que debe efectuarse al día siguiente al de la interposición del recurso de revisión «*fecha a partir de la cual quedará constituido el Tribunal a todos los efectos*».

Si la controversia involucrara a más de dos Estados Partes -*numeral 2-* el Tribunal Permanente de Revisión se integrará con cinco árbitros.

No obstante, los Estados Partes -*numeral 3-*, de común acuerdo, pueden definir otros criterios para el funcionamiento del Tribunal establecido en este artículo. Respecto de este numeral, surgen los mismos interrogantes que dejamos abiertos al examinar el numeral 4 del art. 18.

En nuestro parecer, si el propósito de la instauración del Tribunal Permanente de Revisión ha sido asegurar una interpretación uniforme de la normativa Mercosur, hubiera sido más apropiado que en todos los casos -se trate de controversias entre dos o más Estados- el Tribunal se integrara con los cinco árbitros. Dudamos que aquel propósito se logre ineludiblemente con el Tribunal funcionando casi permanentemente con tres árbitros, que en integraciones sucesivas y diferentes podrían no adoptar similares criterios, más aún cuando no se han establecido pautas al respecto. Si tomamos en consideración los Tribunales *Ad Hoc* hasta ahora constituidos, bajo el PB, todos han sido en controversias entre dos Estados Partes del Mercosur.

El art. 21 regula aspectos vinculados con la contestación del recurso y el plazo para el laudo. En relación con la primera cuestión -*nume-*

*ral 1-*, se estipula que la otra parte deberá hacer dentro del plazo de quince días, a contar de la notificación de la presentación del recurso. En lo atinente al plazo para que se expida el Tribunal *-numeral 2-*, se determina que éste deberá hacerlo dentro de los treinta días contados a partir de la citada contestación o del vencimiento del plazo para la señalada contestación, según el caso, pudiendo el Tribunal prorrogarlo por quince días más. Cabe señalar que no se ha establecido un plazo para la notificación de la presentación del recurso. Quizá sea apropiado suplir esta omisión por vía reglamentaria.

El siguiente dispositivo del PO -art. 22- determina los alcances del pronunciamiento del Tribunal. Según el *numeral 1*, éste puede «*confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc*» y el pronunciamiento *-numeral 2-*, «*será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc*». Lo prescripto en este último numeral es una consecuencia necesaria de las potestades atribuidas al Tribunal Permanente de Revisión.

Como lo anticipáramos, el PO -art. 23, *numeral 1-* ha previsto que de común acuerdo y concluidas las negociaciones directas las partes en la controversia pueden someterse «*directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, los artículos 9º, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo*».

En este caso, según el *numeral 2*, los laudos «*serán obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada*». Por cierto que, como se verá, puede proceder una petición de aclaratoria.

De acuerdo con el PO, cumplida la primera etapa, que es obligatoria -negociaciones directas-, las partes en una controversia, de común acuerdo, pueden obviar la intervención del Grupo Mercado Común y el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, reduciendo los tiempos para procurar el arreglo definitivo. Pensamos que si nos atenemos al espíritu que ha inspirado las reformas introducidas al PB, ha sido una solución razonable ya que, como prácticamente todos los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* pueden ser recurridos, quizá sea en el futuro la vía más apropiada para evitar dilaciones y mayores gastos.

El art. 24 del PO establece que: «El Consejo del Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes».

En verdad, resulta difícil comprender la razón por la que se ha incluido una cláusula de esta naturaleza en este Capítulo que regula el procedimiento de revisión, más aún cuando de conformidad con el art. 23 del PO, rige con relación a la intervención del Tribunal Permanente de Revisión, el art. 15, que autoriza la adopción de medidas provisionales. Por otra parte, surgen dudas en torno de la pertinencia de esta atribución conferida al Consejo Mercado Común, al alcance de dicha atribución, y para qué etapa de la controversia se aplicarían tales «procedimientos especiales».

El GAN, en su proyecto, había previsto un dispositivo referido a casos excepcionales y de urgencia que pudieran ocasionar daño irreparable y requirieran soluciones expeditas que no pudieran ser adoptadas mediante el procedimiento previsto en el capítulo referido a las negociaciones directas, facultando a los Estados Partes a recurrir al Tribunal Permanente de Revisión, y proponiendo el procedimiento respectivo<sup>18</sup>. Tal dispositivo guardaba relación con las competencias del Tribunal y se explicaba su inclusión en esta parte del instrumento, sin juzgar sobre su conveniencia.

En suma, estimamos que más allá de las observaciones que hemos formulado, tal como está redactado el art. 24 del PO, aparece como fuera de contexto.

---

<sup>18</sup> El Proyecto del GAN, planteó como alternativa: «1. En casos excepcionales y de urgencia que pudieran ocasionar daño irreparable y requieran soluciones expeditas que no puedan ser adoptadas satisfactoriamente mediante el procedimiento previsto en el Capítulo IV del presente Protocolo, los Estados Partes podrán recurrir al Tribunal Permanente de Revisión.

2. El Tribunal oír sumariamente a la Parte requerida y se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso y podrá rechazarlo sin más trámite si considera que no están reunidas las condiciones de excepcionalidad y de urgencia bajo la responsabilidad del peticionante.

3. Admitido el reclamo, el Tribunal podrá dictar medidas preliminares. El dictado de las mismas por parte del Tribunal habilita a los Estados Partes a recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo VI del presente Protocolo. Si la Parte accionante no lo hiciera en el plazo de 15 días, el Tribunal levantará las medidas a pedido de la Parte afectada.

4. Para los procedimientos establecidos en este artículo, el Tribunal Permanente de Revisión funcionará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16".

El Capítulo VIII contiene normas comunes a los laudos de ambos Tribunales. El art. 25 reproduce textualmente lo prescrito en el art. 20.2 del PB, con un agregado al final referido a la confidencialidad de las deliberaciones, recogiendo de esta forma la propuesta del GAN: «*Los laudos del Tribunal Arbitral Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscriptos por el Presidente y por los demás árbitros. Los árbitros no podrán fundar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación. Las deliberaciones también serán confidenciales y así se mantendrán en todo momento*».

En su oportunidad, señalamos que pese a que puede haber razones para negar la posibilidad de que los árbitros funden votos en disidencia, la solución adoptada impide conocer los argumentos que puede esgrimir un miembro del tribunal para disentir con la mayoría, limitando la riqueza que suelen ofrecer las sentencias y laudos arbitrales para el desarrollo del derecho <sup>19</sup>.

Los arts. 26 y 27 están referidos a la obligatoriedad de los laudos y a la obligatoriedad de su cumplimiento, respectivamente, dos normas implícitas en la institución del arbitraje internacional. Se han unificado las propuestas del GAN, que estableció sendos preceptos en los capítulos referidos a los Tribunales *Ad Hoc* y al Tribunal Permanente de Revisión. La consagración de esta última instancia, justifica el agregado efectuado al texto del art. 21 del PB <sup>20</sup>. Con relación a los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc*, además de proclamar su obligatoriedad, el art. 26 prescribe que tendrán con relación a los Estados Partes en la controversia «*fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuera interpuesto*». Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión -numeral 2- «*son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la*

---

<sup>19</sup> Conf. *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur*, Córdoba, Lerner, 1998, págs. 54-55.

<sup>20</sup> «1. Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada. 2. Los laudos deberán ser cumplidos en un plazo de quince (15) días, a menos que el Tribunal Arbitral fije otro plazo».

*controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada*». En parte es una reiteración de lo establecido en el art. 23.2 del PO. Pudo haberse evitado esta repetición.

El art. 28 se refiere al «Recurso de aclaratoria», facultando a los Estados Partes en la controversia para solicitar una aclaración del laudo arbitral de ambos Tribunales Arbitrales -*Ad Hoc* y Permanente de Revisión- y sobre la forma en que deberá cumplirse éste, dentro de los quince días siguientes a su notificación. El Tribunal respectivo debe expedirse «sobre el recurso» dentro de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud, pudiendo otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo. Este dispositivo sigue casi textualmente el proyecto del GAN.

Cabe destacar que en la doctrina -incluyendo la de nuestro país- existen posiciones muy encontradas en cuanto a si la aclaratoria constituye técnicamente un verdadero «recurso». El PB sólo menciona la potestad de las partes para «solicitar una aclaratoria» del laudo.

De conformidad con el art. 29 los laudos de ambos tribunales deben ser cumplidos en el plazo fijado por ellos. Si no ha sido establecido, deberán ser cumplidos dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su notificación. En el caso de que un Estado Parte interponga el recurso de revisión, el numeral 2 dispone que «el cumplimiento del laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* será suspendido durante la sustanciación del mismo». Se advierte por lo tanto, que la interposición del recurso de revisión tiene efecto suspensivo. El numeral 3, establece que el Estado Parte obligado debe informar a la otra parte en la controversia y al Grupo Mercado Común sobre las medidas adoptadas para cumplir el laudo, dentro del plazo de diez días.

Este dispositivo recoge en parte lo establecido al respecto por los arts. 21 y 22 del PB, aunque el primero prevé un plazo de quince días para el cumplimiento del laudo, y el segundo dispone que si el Tribunal Arbitral considerare que las circunstancias lo exigen «podrá suspender el cumplimiento del laudo hasta que decida sobre la solicitud presentada», aspecto este último que estimamos de importancia y que no ha sido contemplado en el PO.

La situación que puede derivarse de la existencia de divergencias sobre el cumplimiento del laudo, que no ha sido contemplada expresamente en el PB, ha sido regulada en el art. 30: «1 En caso de que el Estado beneficiado por el laudo entienda que las medidas adoptadas no

dan cumplimiento al mismo, tendrá un plazo de treinta (30) días desde la adopción de aquellas, para llevar la situación a la consideración del Tribunal *Ad Hoc* o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda.

2. El Tribunal respectivo tendrá un plazo de treinta (30) días desde la fecha en que tomó conocimiento de la situación, para dirimir las cuestiones referidas en el numeral anterior.

3. Si no fuera posible convocar al Tribunal Arbitral *Ad Hoc* interviniente, se conformará otro con el o los suplentes necesarios mencionados en los artículos 10.2 y 10.3».

También en esta materia el PO aceptó la propuesta del GAN, aunque éste contempló la hipótesis de que el Estado obligado entendiera que las medidas adoptadas por él daban cumplimiento al laudo <sup>21</sup>.

En el caso de que hubiera que conformar otro tribunal, se ha contemplado únicamente el procedimiento para integrar los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc*, pero no del Tribunal Permanente de Revisión. ¿Acaso no podría plantearse la hipótesis de que no se pudiera convocar a los mismos árbitros que integraron el Tribunal Permanente de Revisión? ¿Se trata de una omisión involuntaria?. La falta de antecedentes vinculados con las discusiones, nos impiden responder a estos interrogantes.

Debe entenderse que si se constituyó un nuevo Tribunal, rige a partir de la constitución de éste el plazo de treinta días fijados en el numeral 2, para dirimir la cuestión.

#### 4. Medidas compensatorias

Entre las materias que más preocupación causaron a partir de la adopción del PB y desde luego, acrecentada cuando comenzaron los pronunciamientos arbitrales, fue la referida al incumplimiento de éstos y las

---

<sup>21</sup> «En caso de que el Estado obligado a cumplir el laudo entienda que las medidas que adoptó dan cumplimiento al mismo, tendrá un plazo de 30 días desde la adopción de las medidas compensatorias conforme al artículo..., para poner esta situación en conocimiento del Tribunal *Ad Hoc* o del Tribunal de Revisión, según corresponda».

medidas que pudieran ser adoptadas por los Estados Partes en la controversia afectados. En los hechos, cuando el CMC aprobó la Decisión 25/00, habían surgido ya algunos problemas

El PB sólo había dispuesto -art. 23- que si un Estado Parte no cumpliera el laudo en el plazo de treinta días, el o los otros Estados Partes den la controversia podían adoptar «medidas compensatorias temporarias» tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes. Sin duda esta regulación no era suficiente.

De allí que el GAN trabajara sobre la cuestión, tratando de ubicarla en un marco jurisdiccional.

El PO dedicó el Capítulo IX a las medidas compensatorias, siguiendo en general el proyecto del GAN, aunque descartando algunas opciones <sup>22</sup>. Los arts. 31 y 32 del PO regulan la facultad de aplicar medidas compensatorias y la facultad de cuestionarlas, respectivamente.

Los mecanismos pertinentes -prescindiendo en algunos casos de los plazos establecidos para cada acto procesal por los dispositivos referidos- operan de la siguiente manera:

a) Si un Estado Parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo, la otra parte en la controversia -art. 31.1-, independientemente de poder recurrir a los procedimientos previstos en el art. 30, tiene la facultad, dentro del plazo de un año, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias;

b) El Estado Parte beneficiado por el laudo -art. 31.2-, podrá en primer lugar suspender concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. De no ser posible, puede suspender concesiones u obligaciones en otro sector, fundamentando esta decisión;

c) Tales medidas -art. 31.3- deben ser informadas «formalmente», por el Estado que las aplicará con una anticipación mínima de quince días, al Estado que debe cumplir el laudo;

---

<sup>22</sup> «Si un Estado Parte en la controversia considera inconveniente a sus intereses o imposible adoptar medidas compensatorias temporarias, podrá reclamar ante el Tribunal de Revisión, el pago de una compensación económica, que será evaluada y dispuesta por éste, a cuyos efectos tendrá las mismas competencias que un Tribunal *Ad Hoc* y registrarán en lo pertinente las disposiciones aplicables a este último».

d) En caso de que el Estado beneficiado por el laudo aplicara medidas compensatorias por estimar insuficiente el cumplimiento del laudo, pero el Estado obligado a cumplirlo estimara que las medidas que adoptó son satisfactorias -art. 32.1-, este último puede llevar la situación a consideración del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* o al Tribunal Permanente de Revisión, para que se pronuncie al respecto, regulándose los plazos respectivos;

e) Si el Estado Parte obligado a cumplir el laudo estimare excesivas las medidas compensatorias aplicadas -art. 32.2-, puede solicitar, después de la aplicación de tales medidas, que el tribunal pertinente se pronuncie al respecto;

f) El tribunal debe pronunciarse sobre las medidas compensatorias adoptadas -art. 32.2 i) e ii)- evaluando la fundamentación esgrimida y proporcionalidad -según el caso- siguiendo las pautas establecidas en este precepto;

g) El Estado Parte que adoptó las medidas compensatorias -art. 32.3-, deberá cumplir la decisión del tribunal en el plazo otorgado por éste.

El Proyecto del GAN, había contemplado la hipótesis de que un Estado Parte en la controversia considerara inconveniente a sus intereses o le fuera imposible adoptar medidas compensatorias temporales. En este caso podía reclamar ante el tribunal respectivo el pago de una compensación económica. Esta alternativa no fue receptada en el PO.

El Capítulo X del PO contempla disposiciones comunes a los capítulos VI y VII, metodología, a nuestro parecer, adecuada, y que altera en este aspecto, la sistemática del proyecto del GAN.

El art. 33 consagra una norma de sustancial importancia para el funcionamiento de un sistema «cerrado» de solución de controversias, como el adoptado en el PO que establece el arbitraje como última y única instancia jurisdiccional, en sus dos versiones. Tal es el reconocimiento obligatorio, *ipso facto* y sin necesidad de un acuerdo especial, de las jurisdicciones de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y del Tribunal Permanente de Revisión, por parte de los Estados Miembros del Mercosur.

Un dispositivo que hace a la esencia y efectividad del arbitraje, es el referido al derecho aplicable, materia ésta que abordó el PB en el art. 19, norma que respondió a la realidad institucional vigente a la época de su sanción y a la estructura de los mecanismos de solución de controversias perfeccionados.

El PO prescribe en el art. 34: «1. Los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de Derecho internacional aplicables a la materia.

2. La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de decidir la controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo acordaren».

Cabe remarcar que pese a la inclusión en numerosos tratados y acuerdos sobre solución de controversias que establecieron mecanismos jurisdiccionales, de la llamada cláusula *ex aequo et bono*, de contenido muy difuso, existen muy pocos precedentes en los que los Estados hayan hecho uso de esta opción.

El art. 35 del PO se refiere a la calificación de los árbitros. Para ambos Tribunales exige -*numeral 1*-, que sean juristas «*de reconocida competencia en materias que pueden ser objeto de las controversias y tener conocimiento conjunto normativo del Mercosur*». El art. 13 del PB, sólo exige la mencionada «reconocida competencia», aunque el Reglamento del Protocolo de Brasilia estableció -art. 15- que no podían actuar como árbitros personas que hubieran intervenido bajo cualquier forma en las fases anteriores «o que no tuvieran la necesaria independencia con relación a los gobiernos de los Estados Partes».

El *numeral 2*, prescribe que los árbitros «*deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia. Serán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio*».

En dispositivo en examen siguió las pautas incluidas en el art. 28 del proyecto del GAN y consideramos que no son excesivas las exigencias requeridas.

Ya hemos estudiado esta cuestión al examinar *ut supra* los dispositivos vinculados con el procedimiento de designación de los árbitros y la solución adoptada por el PO.

En este capítulo de las disposiciones comunes, el art. 36 se refiere a los costos, el art. 37 a los honorarios y demás gastos, y el art. 38 a la sede.

En relación con los primeros, se mantienen las pautas fijadas en el art. 24 del PB <sup>23</sup>, extensivas y adecuadas a la situación derivada de la creación del Tribunal Permanente de Revisión, aunque es necesario señalar que el Reglamento de PB ha dedicado varios dispositivos <sup>24</sup> a complementar otros aspectos vinculados con los costos. La novedad radica en la previsión de un Fondo Especial para efectuar los pagos y la concesión de su administración a la SAM.

En cuanto a los honorarios y otros gastos -v.gr. traslado, alojamiento, viáticos- de los árbitros, se ha derivado al GMC, para su determinación. Esta materia, no contemplada en el PB, ha sido abordada en el Reglamento del PB <sup>25</sup>.

La sede del Tribunal Permanente de Revisión se ha fijado en la ciudad de Asunción, sin perjuicio de que pueda reunirse excepcionalmente en otras ciudades de los países del Mercosur. En cuanto a los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc*, siguiendo el criterio adoptado en el art. 15 de PB, el art. 38 del PO, dispone que podrán reunirse en cualquier ciudad de los Estados Partes del Mercosur.

---

<sup>23</sup> «1. Cada Estado Parte en la controversia sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado.

2. El Presidente del Tribunal Arbitral recibirá una compensación pecuniaria, la cual conjuntamente con los demás gastos del Tribunal Arbitral, serán sufragados en montos iguales por los Estados Partes en la controversia, a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción».

<sup>24</sup> Art. 31: «Los gastos del Tribunal Arbitral comprenden la compensación pecuniaria del Presidente y de los demás árbitros así como los gastos de pasajes, costos de traslado, viáticos, notificaciones y demás erogaciones que demande el arbitraje».

Art. 32: «La compensación pecuniaria del Presidente del Tribunal Arbitral a que se refiere el artículo 24.2 del Protocolo de Brasilia, así como la que corresponda a cada uno de los demás árbitros, será acordada por los Estados Partes en la controversia y convenida con los árbitros en un plazo que no podrá superar los cinco (5) días siguientes a la designación del Presidente del Tribunal».

<sup>25</sup> «Periódicamente el Grupo Mercado Común establecerá montos de referencia para determinar la compensación pecuniaria de los árbitros y expertos así como los parámetros para definir los gastos de traslado, viáticos y demás erogaciones».

## 5. Reclamo de particulares

Otro de los capítulos importantes del PO es el dedicado a los reclamos de los particulares, en el que no se han registrado innovaciones sustanciales con relación a lo actualmente previsto en el PB. Tampoco el GAN había efectuado propuestas modificatorias sustanciales.

El Capítulo XI incluye seis dispositivos. El art. 39 determina el ámbito de aplicación del procedimiento regulado, que será a los reclamos efectuados por particulares -personas físicas o jurídicas- *«con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur»*. Es el mismo texto del actual art. 25 del PB, con las referencias lógicas al Protocolo de Ouro Preto y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, instrumento y órgano no existentes a la época de la sanción del PB, como ya lo destacáramos.

El art. 40 determina el procedimiento para introducir el reclamo, el que deberá formalizarse *-numeral 1-*, ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde los particulares tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios, debiendo aportarse *-numeral 2-* los elementos *«que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio, para que el reclamo sea admitido por la Sección Nacional y para que sea evaluado por el Grupo Mercado Común y por el grupo de expertos, si se lo convoca»*. El art. 26 del PB, incorporó un texto muy semejante, aunque sólo mencionaba los requisitos que debía reunir el reclamo, omitiendo la advertencia incluida en el PO, de que son *sine qua non* para que pueda ser «admitido» por la Sección Nacional y evaluada por el Grupo Mercado Común y en su caso por el grupo de expertos. Creemos que hubiera sido más apropiada la expresión «receptado» o «recibido», dado que «admitir el reclamo» importa estrictamente reconocer su procedencia, cuestión ésta que recién se evaluará al finalizar el procedimiento.

También, en cuanto al *numeral 1*, como lo señalamos en otro trabajo al examinar el texto del art. 26 de PB <sup>26</sup>, se genera una duda cuando una persona tiene su residencia habitual en un país y el asiento principal de sus negocios en otro. ¿Podría elegir la Sección Nacional del GMC que considere más apropiada para formalizar el reclamo? Igualmente se advierte que la nacionalidad de la persona física o jurídica, no juega un papel determinante en este aspecto.

Merece destacarse que el Reglamento del PB reguló aspectos formales de la presentación de los reclamos para que sean considerados por la Sección Nacional del Grupo Mercado Común. El art. 24, dispone que deberán ser formulados por escrito, «en términos claros y precisos», e incluir *-inter alia-*, la indicación de las medidas legales o administrativas que configurarían la violación alegada; la determinación de la existencia o de la amenaza de perjuicio; los fundamentos jurídicos en que se sustentan y la indicación de los elementos probatorios presentados. Seguramente la reglamentación del PO incluirá una norma de esta naturaleza.

En cuanto al procedimiento, el art. 41 de PO ha incorporado las previsiones aludidas en los arts. 27 <sup>27</sup> y 28 <sup>28</sup> del PB, con algunas modificaciones.

---

<sup>26</sup> Conf. «Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el Mercosur. Antecedentes, realidad y perspectivas», en PUEYO LOSA y REY CARO, *Mercosur: nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, págs. 130-131.

<sup>27</sup> «A menos que el reclamo se refiriera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de Solución de Controversias bajo los capítulos II, III o IV de este Protocolo, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo conforme al art. 26 del presente capítulo podrán, en consulta con el particular afectado:

a) Entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se le atribuye la violación a fin de buscas, a través de consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada; o

b) Elevar el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común.

<sup>28</sup> «Si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de quince (15) días a partir de la comunicación del reclamo conforme a lo previsto en el art. 27 a), la Sección Nacional que realizó la comunicación podrá, a solicitud del particular afectado, elevarla sin más trámite al Grupo Mercado Común».

Dicho precepto establece: «1. A menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de Solución de Controversias de acuerdo con los Capítulos IV a VII de este Protocolo, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo conforme al artículo 40 del presente Capítulo deberá entablar consultas con la Sección nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de aquéllas, una solución inmediata a la cuestión planteada. Dichas consultas se tendrán por concluidas automáticamente y sin más trámite si la cuestión no hubiera sido resuelta en el plazo de quince (15) días contado a partir de la comunicación del reclamo al Estado Parte al que se le atribuye la violación, salvo que las partes hubieran decidido otro plazo.

2. Finalizadas las consultas sin que se hubiera alcanzado una solución, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común elevará el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común».

Cabe señalar, que la participación que se le otorga al particular, mediante la «consulta» prevista en la primera parte del art. 27 del PB y la «solicitud» de éste para elevar la cuestión al Grupo Mercado Común, prevista en el art. 28 del PB, ha sido eliminada. En nuestra opinión, se trata de un retroceso. La «estatización» de la reclamación se hace más marcada.

La fase que se abre con la intervención del GMC es la materia del art. 42, que sigue los lineamientos del art. 29<sup>29</sup> del PB, con algunas modificaciones, y casi textualmente la propuesta del GAN. Prescribe el referido dispositivo del PO: «1. Recibido el reclamo, el Grupo Mercado Común evaluará los requisitos establecidos en el artículo 42.2, sobre los que basó su admisión la Sección Nacional, en la primera reunión siguiente

---

<sup>29</sup> «1. Recibido el reclamo, el Grupo Mercado Común, en la primera reunión siguiente a su recepción, evaluará los fundamentos sobre los que se basó su admisión por la Sección Nacional. Si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, rechazará el reclamo sin más trámite. 2. Si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo, procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos, que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de treinta (30) días a partir de su designación. 3. Dentro de ese plazo, el grupo de expertos dará oportunidad de ser escuchados y de pre-sentar sus argumentos al particular reclamante y al Estado contra el cual se efectuó el reclamo».

a su recepción. Si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, rechazará el reclamo sin más trámite, debiendo pronunciarse por consenso.

2. Si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo, éste se considerará aceptado. En este caso el Grupo Mercado Común procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos, que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de treinta(30) días contado a partir de su designación.

3. Dentro de ese plazo, el grupo de expertos dará oportunidad al particular reclamante y a los Estados involucrados en el reclamo, de ser oídos y de presentar sus argumentos en audiencia conjunta».

Al margen de la crítica que ya hemos realizado a la utilización del término «aceptado», el PO aclara que la resolución del GMC, debe adoptarse por «consenso», requisito este que no se había especificado en el PB, pero que se incorporó en el art. 26 del Reglamento de este Protocolo <sup>30</sup>. Otra innovación es que en la audiencia conjunta referida tiene participación, además del particular, los Estados involucrados en el reclamo y no únicamente el Estado contra el cual se formuló el reclamo, como prescribe el PB <sup>31</sup>.

Asimismo, estimamos que el plazo otorgado al grupo de expertos para que se expida, debía haberse computado a partir de la «comunicación» de su designación, ya que es más congruente con la solución adoptada en cuanto al cómputo de los plazos en otras instancias.

En cuanto al procedimiento para la constitución del grupo de expertos y la designación de los miembros para cada caso, como así también a la forma en que quedará constituida la lista de expertos, se ha mantenido sin modificaciones los criterios consagrados en el art. 30 del PB. El PO regula esta materia en el art. 43. De conformidad con el *numeral 1* de

---

<sup>30</sup> «Para que el Grupo Mercado Común rechace el reclamo, conforme a lo previsto en el artículo 29.1 del Protocolo de Brasilia, deberá pronunciarse por consenso. No siendo rechazado el reclamo, éste será considerado aceptado y el Grupo Mercado Común convocará de inmediato a un grupo de expertos, en los términos del artículo 29.2 del Protocolo de Brasilia».

<sup>31</sup> *Vide* nota 29, numeral 3.

este último precepto, el grupo de expertos a que se refiere el art. 42.2, se compondrá de tres miembros designados por el GMC y en caso de falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos deberán ser elegidos por votación que efectuaran los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro expertos, otorgándose a la SAM algunas facultades y previéndose que en el caso de haberse recurrido al sorteo, salvo que el GMC decida de otra forma, «*uno de los expertos no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo, ni del Estado en el cual el particular formalizó el reclamo, en los términos del art. 40*».

Para la integración de la lista de expertos -*numeral 2*- cada Estado Parte debe designar seis personas «*de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto del reclamo*», quedando aquella registrada en la SAM. De conformidad con el art. 49 del PO, estas designaciones deberán realizarse en un plazo de treinta días a partir de la entrada en vigor del Protocolo.

El *numeral 3*, trata de los gastos derivados de la actuación del grupo de expertos, los que, de la misma manera que establece el art. 31 del PB, deben ser sufragados en la forma que lo establezca el GMC o, a falta de acuerdo por las partes involucradas, en montos iguales.

En cuanto al dictamen del Grupo de Expertos y su proyección en la solución de la cuestión, el art. 44 establece que éste se elevará al Grupo Mercado Común, originándose tres situaciones: «i) Si en dictamen unánime se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerir la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperara dentro de un plazo de quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo VI del presente Protocolo.

ii) Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo, por unanimidad, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del presente Capítulo.

iii) En caso que el grupo de expertos no alcance la unanimidad para emitir el dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato por concluido el reclamo en el ámbito del presente Capítulo».

En los hechos, las hipótesis contempladas en los dos últimos apartados, conducen a un mismo resultado: dar por concluido el reclamo.

Puede destacarse que el art. 32 del PB había incurrido en omisiones que en su momento señalamos <sup>32</sup>, que fueron enmendadas en el Reglamento pertinente - arts. 35 <sup>33</sup>, 36 <sup>34</sup> y 37 <sup>35</sup>, adoptando la solución ahora recogida en el PO.

El numeral 2 del art. 44, prescribe que «La finalización del reclamo por parte del Grupo Mercado Común, en los términos de los apartados ii) y iii) del numeral anterior no impedirá que el Estado Parte dé inicio a los procedimientos previstos en los capítulos IV a VI del presente Protocolo», solución ya contemplada en el art. 32 del PB. Este numeral ha sido redactado en forma poco apropiada, por cuanto la hipótesis que fundamenta el dispositivo no se trata estrictamente de la «finalización del reclamo por parte del Grupo Mercado Común», sino de la conclusión del reclamo por las causas establecidas en los apartados citados, cuya determinación corresponde al Grupo Mercado Común.

## 6. Disposiciones generales y transitorias

El Capítulo XII del PO contiene cuatro disposiciones de carácter general, atinentes algunas de ellas a situaciones que no habían sido contempladas en el PB.

El art. 45 prevé las transacciones y el desistimiento, actos que pueden darse en cualquier etapa del procedimiento, debiendo ser comunicados a través de la SAM al GMC o al Tribunal que corresponda. Esta

---

<sup>32</sup> Conf. «La solución de controversias en el Mercosur», en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1996-1997, vol. VII, pág. 295.

<sup>33</sup> «El dictamen del Grupo de Expertos a que hace referencia el artículo 32 del Protocolo de Brasilia deberá ser emitido por unanimidad».

<sup>34</sup> «Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del Capítulo V del Protocolo de Brasilia».

<sup>35</sup> «En caso de que el grupo de expertos no alcance unanimidad para emitir un dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato concluido el reclamo en el ámbito del Capítulo V del Protocolo de Brasilia».

materia fue abordada en el art. 42 del Reglamento del Protocolo de Brasilia<sup>36</sup>. No se ha establecido el criterio para la distribución de los costos, incluido los honorarios y gastos de los árbitros para el caso de que la transacción o el desistimiento se produjera cuando ya se hubiera iniciado el procedimiento arbitral. Desde esta perspectiva, la situación es diferente tratándose de una transacción o de un desistimiento. Por otra parte, el desistimiento, ¿puede realizarse sin el consentimiento de la otra parte? Creemos que debería haberse regulado con mayor minuciosidad estas situaciones. Quizá por vía reglamentaria podría enmendarse estos vacíos.

El siguiente dispositivo -art. 46- dispone que todos los documentos presentados con motivo de los procedimientos previstos en el PO son de carácter reservado a las partes en la controversia, con excepción de los laudos arbitrales, aunque las secciones nacionales del GMC de cada Estado, cuando sea necesario para la elaboración de las posiciones que deben ser presentadas al tribunal correspondiente, pueden disponer que tales documentos sean puestos en conocimiento de los sectores con intereses en la cuestión. Se ha conferido al CMC la reglamentación de la modalidad de la divulgación de los escritos y presentaciones de las controversias ya concluidas.

El GAN propuso una fórmula semejante, aunque incluyó una cláusula que fue planteada como alternativa por algunos integrantes del mismo que preveía que una vez culminados los procedimientos previstos en el Protocolo, cada parte podía hacer públicos los escritos y presentaciones realizados por las partes durante el proceso.

Cabe destacar que el Reglamento del Protocolo de Brasilia -art. 41-, dispone que toda la documentación y las actuaciones vinculadas a los procedimientos establecidos en el Protocolo y en el Reglamento así como las sesiones del Tribunal Arbitral «tendrán carácter reservado», con excepción de los laudos del Tribunal Arbitral.

---

<sup>36</sup> «En cualquier etapa de los procedimientos, la parte que presentó la controversia o el reclamo podrá desistir del mismo, o las partes involucradas podrán llegar a una transacción, dándose por concluida la controversia o el reclamo en ambos casos. Los desistimientos o las transacciones deberán ser comunicados al Grupo Mercado Común o al Tribunal Arbitral, según el caso, a efectos de que se adopten las medidas necesarias que correspondan».

Estimamos que la alusión a los laudos arbitrales incluida en los instrumentos y documentos referidos es superflua, por cuanto es difícil concebir laudos o sentencias de tribunales que tengan el carácter de «reservado». En cuanto a la documentación y actuaciones vinculadas con los procedimientos, consideramos que la fórmula adoptada por el PO surge como la más liberal, aunque tal reserva, especialmente en relación con los procedimientos ya concluidos y en particular con el arbitraje, resulta cuestionable.

El art. 47 prescribe que el CMC debe aprobar el reglamento del Protocolo dentro de los sesenta días de su entrada en vigencia.

Un dispositivo de mucha trascendencia procesal es el art. 48, que regula la cuestión de los plazos. Al respecto, prescribe: «1. Todos los plazos establecidos en el presente Protocolo son perentorios y serán contados por días corridos a partir del día siguiente al acto o hecho a que se refieren. No obstante, si el vencimiento del plazo para presentar un escrito o cumplir una diligencia no ocurriese en día hábil en la Secretaría Administrativa del Mercosur, la presentación del escrito o cumplimiento de la diligencia deberá ser realizada el primer día hábil inmediatamente posterior a esa fecha.

2. No obstante lo establecido en el numeral anterior, todos los plazos previstos en el presente Protocolo podrán ser modificados de común acuerdo por las partes en la controversia. Los plazos previstos para los procedimientos tramitados ante los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y ante el Tribunal Permanente de Revisión podrán ser modificados cuando las partes en la controversia lo soliciten al Tribunal y éste lo conceda».

La posibilidad de que con el acuerdo de partes se modifiquen los plazos, aparece en varios de los dispositivos ya examinados, y debe entenderse que la norma en consideración establece un criterio general, que cede ante otra previsión expresa del PO que faculte a adoptar otra solución.

El PO ha recogido casi textualmente la propuesta del GAN y ha suplido una de las falencias iniciales del PB, que parcialmente fue enmendada en el Reglamento. Este dispuso -art. 39-, que «Los plazos establecidos en el Protocolo de Brasilia y en el presente Reglamento se contarán por días corridos». El PO en nuestro entender, ha sido más cuidadoso en la regulación de esta materia, de la cual depende, como es obvio, que puedan caducar derechos.

El Capítulo XIII contiene tres dispositivos. El art. 49 se refiere a las primeras designaciones y notificaciones prevista en los arts. 11, 18 y

43.2, que deberán realizarse en un plazo de treinta a días a partir de la entrada en vigor del Protocolo. Ya hemos efectuado las remisiones pertinentes a este dispositivo.

Según el art. 50, las controversias en trámite iniciadas de acuerdo con el régimen del PB, deben regirse exclusivamente por éste hasta su total conclusión. Debe entenderse que la norma está vinculada con las controversias en trámite a la fecha de entrada en vigor del Protocolo.

El art. 51 prevé *-numeral 1-* que el Tribunal Permanente de Revisión adoptará sus propias reglas de Procedimiento dentro de los treinta días contados a partir de su constitución, las que deben ser aprobadas por el CMC. Según el *numeral 2*, los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* deben adoptar sus propias reglas de procedimiento *«tomando como referencia las Reglas Modelo a ser aprobadas por el Consejo Mercado Común»*.

Las reglas previstas en ambos numerales, según el *numeral 3*, deben garantizar *«que cada una de las partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos y asegurarán que los procesos se realicen en forma expedita»*.

Al respecto, se ha seguido textualmente la propuesta del GAN. Por su lado, el PB -art. 15- confiere al Tribunal Arbitral la facultad de adoptar sus propias reglas de procedimiento, debiendo ellas garantizar que cada parte en la controversia tenga oportunidad de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos, asegurando también que los procesos se realicen en forma expedita. Asimismo, el Reglamento establece -art. 20-, que tales reglas deben ser adoptadas *«en su primera reunión o antes, por comunicación entre sus miembros. En ambos casos el procedimiento acordado deberá ser notificado a las partes por intermedio de la Secretaría Administrativa»*.

En nuestro parecer, la solución adoptada por el PO es más apropiada. Sin perjuicio de la libertad otorgada a los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* en esta materia, tales reglas deben adaptarse a un modelo aprobado por el CMC. Se evita la multiplicidad de reglas de procedimiento que facilita el régimen actual.

## **7. Disposiciones finales**

Como es habitual en los tratados, las disposiciones finales regulan la entrada en vigor, el depósito, la revisión del sistema y otras materias afines.

El Capítulo XIV se refiere a ellas. El art. 52 prescribe *-numeral 1-* que el Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y que entrará en vigor el trigésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el cuarto instrumento de ratificación, siendo depositaria del Protocolo *-numeral 2-*, la República del Paraguay.

La transitoriedad del sistema adoptado en el Protocolo surge de lo dispuesto por el *art. 53*, que prevé que antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común los Estados Partes deberán efectuar una revisión del sistema actual *«a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción»*.

Esta provisionalidad del instrumento en estudio puede explicar las características del sistema adoptado, que pese a ser más completo que el pergeñado en el Protocolo de Brasilia, como ya lo señaláramos, está distante todavía del reclamado por gran parte de la doctrina y por las exigencias de un proceso de integración que necesita cumplir cabalmente las metas fijadas en el Tratado de Asunción.

El art. 54 dispone que la adhesión al Tratado de Asunción importará *ipso facto* la adhesión al PO y que la denuncia del PO importará *ipso facto* la denuncia del Tratado de Asunción. El PB -art. 35- había previsto únicamente la primera hipótesis.

La entrada en vigor del PO -art. 55, numeral 1- importa la derogación del PB y del Reglamento de este Protocolo. No obstante *-numeral 2-*, *«mientras las controversias iniciadas bajo el régimen del Protocolo de Brasilia no se concluyan totalmente y hasta tanto se completen los procedimientos previstos en el artículo 49, continuarán aplicándose, en lo que corresponda, el Protocolo de Brasilia y su Reglamento»*. La previsión de este numeral es complementaria del art. 50 de PO, que como señalamos previó que las controversias en trámite iniciadas de acuerdo con el régimen del Protocolo de Brasilia, deberán resolverse exclusivamente por el mismo hasta su total conclusión.

El *numeral 3* señala que las referencias al Protocolo de Brasilia realizadas en el Protocolo de Ouro Preto y su Anexo, se entenderán remitidas al presente Protocolo en lo que corresponda. Esta prescripción es justificada por cuanto el Protocolo de Ouro Preto establece un mecanismo de solución de controversias *sui generis*, vinculadas con las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, que remite para determinadas situaciones, al PB. No obstante, debe señalarse que el Anexo

al Protocolo de Ouro Preto, que regula el procedimiento general para las reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, prevé dos situaciones en los arts. 6°<sup>37</sup> y 7°<sup>38</sup>, en virtud de las cuales el Estado reclamante puede recurrir directamente al procedimiento establecido en el Capítulo IV del PB. Como este Capítulo está referido al Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, cabe preguntarse si, por aplicación del numeral 3 del art. 55 del PO, dicha parte reclamante, con el acuerdo de la parte reclamada, puede recurrir directamente al Tribunal Permanente de Revisión, en los términos previstos por el art. 23 del PO. En nuestra opinión, una interpretación amplia, permitiría la aplicación de este último dispositivo. Otra duda surge en cuanto a las medidas provisionales previstas en la última parte del art. 7° del Anexo al Protocolo de Ouro Preto y su adecuación al régimen establecido en el PO. Quizá sea necesario introducir algunas modificaciones en el mencionado Anexo una vez que entre en vigor el PO, para aventar futuras dificultades.

El último dispositivo de PO -art. 56-, consagra como idiomas oficiales en los procedimientos previstos en PO, el español y el portugués, solución ésta adoptada también en el precepto final del PB.

---

<sup>37</sup> «Si hubiere consenso sobre la procedencia de la reclamación, El Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio del Mercosur o en el Grupo Mercado Común. En cada caso, la Comisión de Comercio del Mercosur o, posteriormente el Grupo Mercado Común, determinarán un plazo razonable para la instrumentación de dichas medidas. Transcurrido dicho plazo sin que el Estado reclamado haya cumplido con lo dispuesto en la decisión adoptada, sea por la Comisión de Comercio del Mercosur o por el Grupo Mercado Común, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia».

<sup>38</sup> «Si no se lograra el consenso en la Comisión de Comercio del Mercosur y posteriormente en el Grupo Mercado Común, o si el Estado reclamado no cumpliera en el plazo previsto en el artículo 6° con lo dispuesto en la decisión adoptada, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento establecido en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, hecho que será comunicado a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

El Tribunal Arbitral deberá, antes de emitir su laudo, dentro de un plazo de hasta quince (15) días contados a partir de la fecha de su constitución, pronunciarse sobre las medidas provisionales que considere apropiadas en las condiciones establecidas por el artículo 18 del Protocolo de Brasilia».

## 8. Conclusiones

El Protocolo de Olivos debe ser examinado bajo la óptica de un régimen transitorio, que no altera sustancialmente la concepción limitada que imperó para la adopción del Protocolo de Brasilia.

Desde esta perspectiva, sin duda, constituye un régimen que ha avanzado y suplido muchas de las deficiencias y omisiones de este último instrumento, sin perjuicio de que también puedan destacarse en el nuevo Protocolo algunas falencias y retrocesos. Ello surge de las observaciones que hemos deslizado al examinar cada capítulo del acuerdo.

No cabe duda que la tarea cumplida primero por el Grupo Ad Hoc Aspectos Institucionales y luego por el Grupo de Alto Nivel, ha sido de innegable valor, pese a que debieron ceñirse a las pautas que le fijó el Consejo Mercado Común.

La más resonante de las innovaciones es, sin hesitación, la constitución del Tribunal Permanente de Revisión, aunque su importancia se atenua en razón de las limitaciones que ofrece el régimen pergeñado y que por las modalidades previstas para su funcionamiento, tampoco se garantiza integralmente los objetivos que impulsaron su creación.

Otras innovaciones se manifiestan en el campo del ámbito de su aplicación -que prevé la hipótesis de controversias que pudieran también ser sometidas a otros foros-; en la reducción de las etapas previstas en el PB ya que la intervención del GMC se convierte en voluntaria y se abre la posibilidad de que después de las negociaciones directas, mediante acuerdo de las partes en la controversia, se acceda directamente al Tribunal Permanente de Revisión; en una regulación más avanzada de las medidas compensatorias y de las previsiones vinculadas con el incumplimiento de los laudos. Todo ello, sin perjuicio de la introducción de muchas otras reformas de menor trascendencia a las cuales ya nos hemos referido.

Cabe confiar que la entrada en vigor no se retrase tanto como aconteció con el Protocolo de Brasilia, pues de lo contrario su aplicación, si se cumplen en el año 2006 las metas previstas en el art. 53 del PO, será por un corto periodo de tiempo.

No dejamos de reconocer que las dificultades que se observan en el funcionamiento del Mercosur y las limitaciones que se pueden detectar en el cumplimiento del bagaje normativo, como así también las permanentes desavenencias entre los socios, son realidades que inciden a la

hora de abordar la cuestión de la solución de controversias y en la reticencia que se observa para avanzar hacia un sistema más acorde con las necesidades de un proceso de integración que pretende alcanzar la meta de constituir un verdadero mercado común.

No obstante, no abandonamos la idea de que un sistema más sólido y más avanzado que el actual y del que se acaba de adoptar, contribuirá a lograr los objetivos fundacionales del Tratado de Asunción en un marco de seguridad jurídica, esencial para garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones por parte de todos los actores involucrados en un proceso de integración en el que se han depositado tantas esperanzas.

## ¿LA AMERICANIZACIÓN DEL DERECHO?

### EMPIRISMO Y RACIONALISMO EN EL ORDEN JURÍDICO (EL SISTEMA ANGLOAMERICANO (*common law*) Y EL SISTEMA CONTINENTAL (*civil law*))

por Olsen A. GHIRARDI \*

**SUMARIO:** 1. Inglaterra. El empirismo: El método (la experiencia y la inducción. Bacon). 2. El continente europeo. El racionalismo: El método (la razón y la deducción. Descartes). 3. Las diferencias en las actitudes metódicas. 4. El análisis de G. Radbruch. 5. La americanización del derecho (*Archives de Philosophie du droit*, t. 46) Audit. 6. Mundo estable y mundo cambiante. 7. Sentencias de la Corte de Casación de Francia. 8. La estructura de las sentencias de la Corte de Casación de Francia. 9. La actitud del juez angloamericano. 10. La abducción.

1. Al comenzar la Edad Moderna el hombre busca nuevos caminos para que las ciencias, especialmente las nuevas, progresen. En Inglaterra, Francisco Bacon (1561-1626) fue quien se propuso sacarlas del estancamiento en que se encontraban, y, para ello, fijó su atención en el método. Fiel a la tradición inglesa, proclama una absoluta libertad del entendimiento para dirigirse directamente a la naturaleza para conocerla. Se establece que el punto de partida del conocimiento sea la experiencia de las cosas concretas. El carácter concreto y progresivo de la ciencia es la regla para conocer la naturaleza y dominarla.

Los procedimientos prácticos, las técnicas operativas, deben privar en las ciencias experimentales; el arte de la argumentación debe ceder

---

\* Presidente de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Conferencia pronunciada en sesión privada el 18/6/02.

su paso a la actitud inductiva para que el conocimiento se enriquezca de verdad y las ciencias progresen en consecuencia.

En el orden de las ciencias del hombre, la actitud debe ser idéntica. El lugar que ocupa la lógica es relativamente modesto. Es preciso buscar las verdades, igualmente, mediante la invención, procediendo siempre por vía de la experiencia y partiendo de lo singular. La inducción nos descubrirá las verdades que se aparezcan mediante esa vía, que deberán ser examinadas críticamente.

Una de las obras más célebres de Bacon fue el *Novum Organum*. Como es notorio, el título alude a la obra de Aristóteles, que se titulaba *Organon*; de tal manera que el pensador inglés no oculta que se propone lograr un nuevo camino para llegar al conocimiento de las cosas.

La aplicación de las reglas de Bacon tuvo como corolario un gran desarrollo de las ciencias experimentales de la naturaleza. La obra de Newton (1642-1727) es mencionada como un hito importante de la ciencia inglesa. El espíritu inglés, que es insuflado en esta actitud, sostiene que todo conocimiento científico debe basarse en una demostración experimental. Y esta regla es válida no sólo para las ciencias de la naturaleza sino también para las ciencias del hombre.

Más tarde, los filósofos Locke, Berkeley y Hume profundizarán el análisis y seguirán justificando esta actitud típica de lo que se llamó el empirismo inglés.

2. En el continente europeo, por su parte, se pone de relieve una actitud diametralmente opuesta. Fue un filósofo francés, Renato Descartes (1596-1650) el que afirmó haber descubierto los fundamentos de una «ciencia admirable», buceando también en los problemas metódicos, con el objeto de lograr la unificación de todas las ciencias.

Descartes escribió una pequeña obra que alcanzó prontamente gran celebridad. Esa obra se denominó el *Discurso del método*. En ella nos explica sus reglas y, en la geometría, trata de demostrar dicho método poniéndolo en práctica. Su objetivo se orienta hacia una matemática universal en la que se considera únicamente el orden y la medida. Pero el método de Descartes tiene un objetivo que está más allá de la matemática universal, pues pretende conocer la propia naturaleza de la inteligencia y las condiciones en que ella actúa. El punto de partida de todo conocimiento es la propia inteligencia. De ahí que, desde ese estado, mediante

la intuición y la deducción podemos adquirir la verdad que se desentruve a partir de otra verdad. Si estamos seguros de nuestra partida y de la primera verdad, y razonamos correctamente, deduciremos todas las verdades posibles.

La intuición nos da el conocimiento de las nociones y de las verdades evidentes, como, por ejemplo, «pienso», «existo». Es un instinto intelectual que nos proporciona una enorme cantidad de proposiciones, que luego, por vía deductiva, nos permite comprender todas las cosas que son consecuencia de otra.

3. Si comparamos ahora las dos actitudes metódicas nos encontramos con que ellas son totalmente opuestas: en la actitud inglesa el punto de partida es lo singular y concreto (experiencia) y se avanza mediante la inducción; en la actitud continental se parte de una verdad universal lograda intuitivamente y se procede luego por vía deductiva.

Epistemológicamente, el empirismo se opone al racionalismo, pues afirma que los datos sensibles proporcionan la fuente principal de nuestros conocimientos.

A su vez, el racionalismo contesta que la razón tiene por objeto propio lo que es de naturaleza no sensible. Por eso, no resulta aventurado decir que tanto Descartes como Leibniz tuvieron un rasgo común: disminuir las fuentes empíricas del saber.

Dada la enorme influencia de los filósofos que hemos mencionado, no es de asombrar que las actitudes que hemos perfilado someramente, hayan invadido todas las ciencias en todas las latitudes. Siendo ello así, las ciencias jurídicas fueron igualmente permeables a este tipo de influencia.

Es así, entonces, que tanto la ciencia jurídica continental como la angloamericana, han teñido sus propias concepciones con el espíritu de cada una de las actitudes. Y ello se revela, especialmente, en su modo muy especial de abordar el conocimiento de las causas y en el método que siguen los jueces de esas regiones del orbe.

4. En una obra muy breve pero muy profunda, titulada *El espíritu del derecho inglés* (Madrid, Revista de Occidente, 1958), el jurista Gustavo Radbruch, ha captado con extraordinaria perspicacia el problema que estamos transitando. Es verdad, como lo afirma el autor alemán, que

en Inglaterra la Edad Media no se ha separado por un profundo corte de la Edad Moderna; es verdad que la tradición de las universidades de Oxford y Cambridge, respondiendo al espíritu de los anglosajones, abrazó con inusitado rigor el estudio del *quadrivium* (aritmética, geometría, música, astronomía), dejando para la Sorbona la profundización del *trivium* (gramática, retórica, dialéctica), en esta división de las llamadas Siete artes liberales, que teñían el panorama de los planes de estudio que la antigüedad había legado a los tiempos medievales. Y, es verdad, también, que el derecho inglés fue influido por el espíritu y métodos del derecho romano, pero -hay que advertirlo claramente- el derecho de la época del derecho clásico romano, mientras que el derecho continental siguió los pasos del derecho basado en el *Corpus Juris*, el código justiniano, y las codificaciones posteriores. Si no se comprende esta distinción resulta imposible ubicarse en esta evolución del derecho y las distintas actitudes que asumirán los juristas del derecho anglosajón y los del continente europeo.

No resistimos la tentación de transcribir un clarísimo texto de Radbruch: *«En las primeras -se refiere a la esfera continental- es el legislador el promotor del derecho; en las segundas -esfera inglesa- la magistratura; allí la determinación del derecho se hace descendiendo del principio jurídico al caso particular; aquí, por el contrario, asciende del caso particular al principio jurídico. Allí se instituye el derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la ley; aquí sobre la base de la vida jurídica y la naturaleza del asunto».*

Y la clave queda revelada cuando se explica que la ley, en el régimen inglés, figura en segundo término. Dado un caso particular, se acude al precedente de un caso particular, y sólo para el caso particular dado y sus análogos, se crea nuevo derecho. Una vez más nos dice Radbruch que ese espíritu del derecho inglés queda entendido si se para mientes en el fundamento del sentido inglés para la historia y en el amor por la tradición.

5. En el tomo 45, correspondiente al 2001 de los Archives de Philosophie du droit, editados por Dalloz en Francia, se destaca el título: *«L'américanisation du droit»*. Es interesante leer los artículos que ahí se publican, como por ejemplo, el de la Introducción del Prof. Bernard Audit, profesor en la Universidad París II.

Esperamos que la referencia y la breve relación del empirismo y del racionalismo, que hemos hecho más arriba, sirva para hacer más clara la situación del problema fundamental que se plantea.

El Prof. Audit comienza por destacar que, como todo el mundo sabe, estamos inmersos en un movimiento de mundialización, cuya iniciativa se debe, principalmente, a los Estados Unidos. También todo el mundo sabe que ese fenómeno es denominado generalmente como de globalización. Este vocablo, si bien generado en una vertiente del saber, incluye toda la cultura. La especie humana ha ocupado todo el globo terráqueo, y ella ha llegado para cubrir la superficie del globo con todas sus virtudes y todos sus defectos: su saber, su ignorancia, sus grandes logros técnicos y sus vicios, con sus guerras y su corrupción. El sacerdote jesuita francés Teilhard de Chardin, ya nos venía hablando del tema desde la perspectiva antropológica, y lo denominaba de una manera más estrictamente científica: planetización. En efecto, la tierra es un planeta antes que un globo. Diríamos que hoy ha privado el término vulgar antes que el científico.

Si seguimos glosando al Prof. Audit, debemos señalar que es verdad que el fenómeno de la gravitación económica de los Estados Unidos y su influencia en todo el mundo ha provocado la liberalización de los intercambios y, con ello, su cultura, su técnica y su vocabulario han gravitado. La participación de los Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial también hizo lo suyo y los acontecimientos mundiales posteriores, y aun los actuales, muestran su presencia en todo el orbe. Por ende, el comercio y la guerra, que son dos formas de penetración cultural, de una u otra manera, importan una americanización de la vida. La historia ya nos ha mostrado casos semejantes, aunque no de esta magnitud.

Un fenómeno tan universal y tan enorme, no podía dejar de influir en el derecho. Dice nuestro Prof. Audit que las prácticas americanas han incidido en las costumbres y cita el caso de los abogados franceses que, al dirigirse al juez en las audiencias, imitando a los americanos del Norte, dicen «*Votre honneur*», traduciendo literalmente una expresión inglesa. El caso no es para rasgarse las vestiduras, pero es significativo.

Es indudable, como lo hemos demostrado en los comienzos de este artículo, que existen dos actitudes en el problema gnoseológico: a) la empirista, que proviene de Bacon y Locke, en la esfera cultural angloamericana; b) y la racionalista, que nos llega de Descartes y Leibniz, en la esfera cultural del continente europeo.

En consecuencia, existen dos concepciones diferentes del derecho y, al mismo tiempo, dos formas de aplicar los principios o normas jurídicas a los casos concretos que se dan en la realidad cotidiana. Es oportuno citar al juez norteamericano Holmes cuando afirma que «*las propo-*

*ciones generales no deciden casos concretos*». Para los jueces de raigambre o influencia inglesa no hay sino casos concretos y precedentes que también fueron casos concretos. El punto de partida es siempre lo singular y concreto. Luego, la vía inductiva hace el resto. Y las soluciones son estrechas porque son soluciones para un solo caso, cuya circunstancia siempre se trata de justificar. Los jueces continentales -por el contrario- proceden desde la ley o de principios generales de cuyas reglas se deducen las nuevas situaciones que se presentan. Las reglas son universales y a partir de ellas se deducen las soluciones particulares.

6. Se ha dicho que la concepción del orden jurídico propia del continente es la más adecuada para un mundo estable. En efecto, siendo el derecho escrito un conjunto de normas cristalizadas, es ordinariamente poco flexible. Pero a esta particularidad que, desde cierto punto de vista es un demérito, se suma la ventaja de que las normas escritas se ofrecen más claramente como premisas a partir de las cuales el razonamiento deductivo fluye con naturalidad.

Por el contrario, en un mundo dinámico, donde los cambios sociales se producen constantemente; en una sociedad, altamente tecnificada, en la cual aparecen nuevos bienes de manera permanente; en un medio donde los servicios ofrecidos se multiplican al son de necesidades siempre diversas, es preferible un derecho no escrito, fluido, lábil e inmune a una cristalización que lo aherra durante el paso del tiempo. Incluso permite una interpretación que lo puede adecuar a las circunstancias. Es indudable, por otra parte, que su defecto podría darse en el hecho de que, ante el caso controvertido, la predicción podría ser de difícil pronóstico, lo que conspiraría contra la seguridad jurídica. A su vez, se ha admitido que este tipo de manifestarse el derecho, ha permitido que se acogiesen con facilidad, las nuevas especies de contratos que han aparecido en las últimas décadas. Es el caso de los contratos en «*ing*» (*leasing, merchandising, etcétera*).

Reproducimos aquí un sugestivo párrafo: «*Frente a uno de estos nuevos contratos, el civilista francés tratará de relacionarlo a una figura conocida interrogándose sobre la 'naturaleza jurídica' (es una venta, es una permuta, es un préstamo, etcétera). A la vez, tratará de buscar las reglas supletorias susceptibles de aplicarse y se interrogará con inquietud si la operación es lícita. Y, a menudo, concluirá que es un contrato sui generis, dejando constancia que el*

*legislador debiera intervenir para reglamentarlo, confundiendo el vacío legislativo con el vacío jurídico. Nada demuestra mejor la diferencia entre el espíritu del jurista francés y el jurista del common law frente a la ley que la redacción de una cláusula de derecho aplicable en un contrato internacional: ahí donde el francés escribe que el contrato será regido por tal ley, subrayando la subordinación del contrato a la ley; el americano escribe con toda naturalidad que él será interpretado según tal ley, pues el contrato, para él es, en primer lugar, lo que las partes quieren que sea».*

Lo dicho patentiza con real claridad la diferencia de los dos sistemas en cuanto a lo que ocurre cotidianamente.

7. Para que resalte mejor el espíritu que priva en el continente, en el acto de redactar las sentencias, hemos querido -por vía Internet- asomarnos al texto de la Corte de Casación de Francia. Textualmente, reproducimos algunas sentencias. Somos conscientes de que están en idioma francés, pero cualquiera -aun sin conocer la lengua- puede apreciar la estructura de esos fallos.

President: M. Weber

Rapporteur: M. Peyrat, conseiller

Avocat général: M. Baechlin

Avocat(s): la SCP Vincent et Ohl, la SCP Coutard et Mayer  
01-70.229

Arrêt N° 1269 du 10 juillet 2002

Cour de cassation - Troisième chambre civile

Cassation

Demandeur(s) à la cassation: Société Semalilas SA  
Défendeur(s) à la cassation: Société Immo MDB SARL et autre

Sur le moyen unique:

Vu l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation, ensemble l'article L. 213-4 a) du Code de l'urbanisme;

Attendu que, lorsque des immeubles soumis au droit de préemption urbain sont expropriés, la date de référence prévue à l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est la date à

laquelle est devenu opposable aux tiers le plus récent des actes rendant public, approuvant, révisant ou modifiant le plan d'occupation des sols et délimitant la zone dans laquelle est situé le bien;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 septembre 2001), que la commune des Lilas, dotée d'un plan d'occupation des sols (POS) dont la dernière modification est devenue opposable aux tiers le 27 novembre 1991 et ayant institué un droit de préemption urbain sur son territoire, a, en 1991, créé une zone d'aménagement concerté (ZAC) dont elle a confié la réalisation à la société d'économie mixte d'aménagement et de construction de la ville des Lilas (Semalilas); que l'acte portant approbation d'un plan d'aménagement de zone (PAZ) a été publié le 6 octobre 1992; qu'une ordonnance du 20 juillet 1998 a transféré à la Semalilas la propriété de divers biens immobiliers situés à l'intérieur de la ZAC et appartenant à plusieurs propriétaires;

Attendu que pour fixer à une certaine somme l'indemnité d'expropriation due à la société Immo MDB, l'arrêt, après avoir relevé que conformément à l'article L. 123-6 du Code de l'urbanisme, les dispositions du POS cessent d'être applicables dans les ZAC à compter de la publication de l'acte portant approbation du PAZ, retient que c'est la date du 6 octobre 1992, à laquelle est devenu opposable aux tiers et exécutoire le PAZ approuvé le 30 septembre 1992 par la commune des Lilas, qui constitue la date de référence de l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette date ne fait pas partie de celles limitativement prévues par l'article L. 213-4 du Code de l'urbanisme, la cour d'appel a violé les textes susvisés;

**PAR CES MOTIFS:**

**CASSE ET ANNULE**, dans toutes ses dispositions, l'arrêt N° 22 rendu le 27 septembre 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Paris; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles (chambre des expropriations);

Président: M. Weber

Rapporteur: M. Cachelot, conseiller

Avocat général: M. Baechlin

Avocat(s): la SCP Célice, Blancpain et Soltner, Me Choucroy  
99-44.224

Arrêt N° 2511 du 10 juillet 2002 (modifié par arrêt rectificatif d'erreur matérielle N° 3046 du 10 juillet 2002)

Cour de cassation - Chambre sociale  
Cassation

Demandeur(s) à la cassation: M. Tenenbaum

Défendeur(s) à la cassation: société Universal Music et autre

Attendu que M. Tenenbaum, dit Jean Ferrat, et la Compagnie phonographique française Barclay, aux droits de laquelle est venue la société Polygram, puis la société Universal music, ont signé trois contrats d'enregistrement, avec cession des droits, les 1er novembre 1963, 1er mai 1964 et 9 décembre 1966 prenant fin respectivement les 30 avril 1964, 30 octobre 1968 et le 1er novembre 1973; que l'artiste a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la résiliation des contrats et la condamnation de la société à réparer son préjudice moral subi du fait de la reproduction, par la société Polygram, de ses enregistrements dans des compilations comportant certaines de ses oeuvres et celles d'autres chanteurs;

Sur les deux premières branches du moyen unique:

Vu l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle;

Attendu qu'il résulte de ce texte que l'inaliénabilité du droit au respect qu'il institue, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'artiste abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement qu'il déciderait de réaliser;

Attendu que pour débouter M. Jean Ferrat de sa demande en réparation du préjudice moral subi du fait de la reproduction de ses enregistrements, par la société Polygram, dans des compilations, l'arrêt attaqué retient que par les contrats conclus entre les parties, M. Jean Ferrat avait consenti une autorisation générale d'exploitation qui impliquait la possibilité de dissocier les oeuvres réunies dans les différents albums, ainsi que de procéder à des compilations, notamment des compilations comportant plusieurs interprètes;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé;  
Et sur les troisième et quatrième branches du moyen unique:  
Vu l'article 9 du Code civil;

Attendu que pour débouter M. Jean Ferrat de sa demande de dommages-intérêts au titre de l'utilisation par la société d'une photographie dont il n'avait pas autorisé la reproduction, l'arrêt retient qu'il échet de relever que l'artiste acceptait par avance le programme de publicité jugé nécessaire par la maison de production et auquel il aurait le devoir de coopérer, notamment en se prêtant éventuellement à des séances photographiques; que l'utilisation d'une photographie refusée par M. Jean Ferrat ou qui ne correspondait pas à l'époque des enregistrements est contestée et ne ressort d'aucun document;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que la société n'avait pas sollicité et obtenu de M. Jean Ferrat, ainsi qu'elle en avait l'obligation, l'autorisation de faire figurer sa photographie sur les compilations de ses enregistrements, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

PAR CES MOTIFS:

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 mai 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Paris; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles;

Président: M. Sargos

Rapporteur: M. Le Roux-Cocheril, conseiller

Avocat général: M. Lyon-Caen

Avocat(s): la SCP Baraduc et Duhamel, Me Blondel

00-12.529

Arrêt N° 765 du 4 juillet 2002

Cour de cassation - Deuxième chambre civile

Cassation

Demandeur(s) à la cassation: Société des Transports Garcia et autres

Défendeur(s) à la cassation: Consorts Lajarthe et autres

Sur le moyen unique:

Vu l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 9 novembre 1994, a eu lieu une collision frontale entre deux ensembles routiers, conduits par M. Bressan et M. Montet; que M. Montet, dont le taux d'alcoolémie était de 1,15 grammes pour mille, a été tué; que les consorts Montet ont assigné la société Transports Garcia, propriétaire de l'ensemble routier conduit par M. Bressan, et la Compagnie d'assurances maritimes aériennes et terrestre aux droits de laquelle vient la société AGF-IARD en réparation de leur préjudice;

Attendu que pour condamner la société des Transports Garcia et la société AGF à réparer le préjudice des consorts Montet, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, énonce que la violence de la collision, l'emplacement de la zone de choc sur l'axe médian de la chaussée entre les deux tracteurs, l'emplacement du point de choc sur le tracteur conduit par M. Montet, situé sur le côté avant-gauche, les traces de freinage laissées par le véhicule conduit par M. Bressan, débutant sur la voie de circulation, se dirigeant sur la bande d'arrêt d'urgence, puis ressortant sur la chaussée et le taux d'alcoolémie de M. Montet de 1,15 grammes pour mille, ne permettent pas de déterminer avec certitude les circonstances de l'accident; que la preuve d'une relation de causalité entre l'alcoolémie et la collision n'est pas rapportée;

Qu'en statuant ainsi, alors que M. Montet, qui conduisait malgré un taux d'alcoolémie supérieur au taux légalement autorisé, avait commis une faute en relation avec son dommage, de nature à limiter ou exclure son droit à indemnisation, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

PAR CES MOTIFS:

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 décembre 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Riom; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon;

Président: M. Ancel

Rapporteur: M. Grignon Dumoulin, conseiller référendaire

Avocat général: M. Kessous

Avocat(s): Me Delvolvé, Me Copper-Royer

01-43.467, 01-43.477 à 01-43.499

Arrêt N° 2127 du 25 juin 2002

Cour de cassation - Chambre sociale

Cassation

Demandeur(s) à la cassation: AGS de Paris et autre

Défendeur(s) à la cassation: M. Yves Hamon et autres

Vu leur connexité, joint les pourvois N° T 01-43.467 et D 01-43.477 à C 01.43.499;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de l'AGS et sur le moyen unique du pourvoi incident du liquidateur judiciaire réunis:

Vu l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, interprété au regard de la Directive N° 77/187 CEE du 14 février 1977;

Attendu que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité dont l'activité est poursuivie ou reprise;

Attendu que la société Clinique de l'Espérance a cédé au Centre hospitalier du Haut-Anjou, avec effet au 1er octobre 1997, les immeubles dans lesquels était exploité un établissement de soin, ainsi que ses équipements, son matériel et son plateau technique; que, prétendant que leurs contrats de travail avaient été rompus à cette date, les salariés de la Clinique ont invoqué à l'encontre de cette société, ensuite placée en liquidation judiciaire, des créances d'indemnités de rupture;

Attendu que, pour reconnaître ces salariés créanciers d'indemnités de rupture et ordonner la délivrance de lettres de licenciement, la cour d'appel a relevé que la cession d'actifs ayant été consentie par une entité exploitée sous la forme d'une société anonyme de droit privé à un établissement public à caractère administratif, il en résultait qu'il n'y avait pas eu de continuation de la même entreprise et que la société Clinique de l'Espérance avait cessé son activité; que le second alinéa de l'article L. 122-12 du Code du travail n'étant pas applicable, les contrats de travail des salariés de la Clinique n'avaient pas subsisté avec le Cen-

tre hospitalier, par ailleurs lié à son personnel par des rapports de droit public; et que la décision de l'Assemblée plénière du 16 mars 1990 ne peut aller dans le sens de la thèse du liquidateur judiciaire, en raison de ce que cette décision précise que le transfert ne peut avoir lieu que pour une entité économique conservant son identité, ce qui n'est pas le cas, et dont l'activité est poursuivie, ce qui ne l'est pas davantage;

Qu'en statuant ainsi, alors que la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen des pourvois de l'AGS:

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 29 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes;

8. Debemos aclarar ahora que la estructura de esas sentencias no es nueva. Por circular de la autoridad administrativa de justicia, se ha recomendado ceñirse a las reglas que vamos a señalar, que los señores jueces respetan y ello desde hace décadas.

Una lectura de las sentencias transcriptas nos demuestra que:

a) La Corte se refiere a sí misma en tercera persona.

b) En primer lugar se establece el punto litigioso, como cuando dice «*sur le moyen unique*», en cuyo caso concreto hay una sola cuestión controvertida.

c) En segundo lugar se hace referencia a la ley aplicable sin transcribirla.

Véase que se escribe: «*Vu l'article...*», esto es, «visto el artículo». Repetimos: no se transcribe la ley; se menciona sólo el número de la ley o del artículo. Además, no se menciona la doctrina ni la jurisprudencia.

d) Luego, viene la descripción somera del caso. El vocablo que se utiliza es el que inicia cada párrafo: *Attendu* (teniendo presente, atendiendo, visto). Generalmente, no se necesitan más de tres párrafos para cada caso.

e) Por último, la conclusión, seguida por la expresión *par ces motifs* (por estos motivos) se casa y anula (o no) la sentencia de que se trata.

Es evidente que la estructura es de naturaleza claramente deductiva y evoca, al menos avisado, el silogismo tradicional, aplicado en el ámbito de la ciencia jurídica (ciencia de la praxis).

Los pasos son: mención de la ley (premisa mayor), descripción del caso (premisa menor) y la conclusión como consecuencia necesaria.

El espíritu del sistema jurídico francés, que se mueve en el mundo de la división tripartita de poderes y que sigue la doctrina de Montesquieu, prescribe que el autor de la ley es el pueblo representado por el Poder Legislativo. El pueblo, a través de sus representantes, crea la ley. Al Poder Judicial, a través de sus jueces, corresponde solamente aplicarla.

9. El papel que corresponde al juez en el sistema americano es mucho más activo. En este caso el juez crea verdaderamente el derecho, y lo hace a través de razonamientos que muestran claramente los motivos que justifican la decisión. La sentencia es extensa, se escribe en primera persona, se hacen profundos análisis jurisprudenciales y -cosa realmente importante, quizá lo más relevante- se realizan disquisiciones acerca de los objetivos sociales del derecho. El estudio de los fines que se persigue se tiene primordialmente en cuenta. Diríamos que lo consecencial de la sentencia es casi siempre uno de los fines que siempre se tienen presentes.

En verdad, los objetivos perseguidos no son sólo sociales sino también económicos, institucionales y políticos. Generalmente, los autos se denominan «opinión» y se escriben con estilo coloquial. El juez pareciera que pusiese real empeño en deliberar consigo mismo.

En un caso real podríamos ver cómo el juez nos muestra sus argumentos basados en el orden público, el sentido común, los riesgos económicos, las necesidades prácticas e institucionales y la moralidad.

Un articulista norteamericano, Lasser, en el mismo volumen de los Archives que hemos citado más arriba, nos dice que los franceses, al margen de las sentencias que hemos transcripto, redactan -mediante sus relatores- también extensos escritos, donde ensayan las decisiones, que él denomina discurso interno, que generalmente no tiene publicidad.

Sea cual fuere la realidad, las sentencias que hemos citado más arriba son las que hemos podido conocer por la actualizada vía electrónica y -como se ve- tienen reciente fecha.

10. ¿Y la *abducción*? ¿Qué cabida tiene en el razonamiento forense en ambos sistemas? Proviene de un término latino que significa separar. Pero, en definitiva, a su vez, el vocablo latino fue una traducción de Julius Pacius, del término griego *apagogé*, empleado por Aristóteles. Este, en los *Primeros analíticos*, (II, 25) llama así a un silogismo cuya premisa mayor es cierta y cuya menor es solamente probable, de tal manera que la conclusión no tiene más que una probabilidad igual a la de la menor de ser cierta. Sea lo que fuere, el razonamiento apagógico tiene una añeja estirpe.

El vocablo no es realmente muy empleado por los filósofos del derecho, aunque es bien conocido por los filósofos. Todos los diccionarios tienen algo que decir acerca de este término. Así lo hacen el famoso Lalande, el Diccionario de Ferrater Mora, los diccionarios sobre nociones filosóficas de Presses Universitaires de France y hasta el Diccionario de la Real Academia Española se esmera en darnos noticias acerca de su significado.

No hay duda que con ese término se ha querido expresar una actividad intelectual. Diríase que el vocablo abstracción evoca, igualmente, una actividad intelectual semejante pero no idéntica. Abstractar significa separar mentalmente. Mediante la abstracción constituimos los conceptos.

Pero la abducción implica separar lo relevante de lo irrelevante; nos induce a observar con exactitud y de manera completa aquello que es observado y a distinguir de manera indirecta lo que no es fácilmente asequible a la inteligencia. Explica la llegada al universal de otra manera que el más sencillo acceso que nos da la inducción. Pero, no obstante ello, sugiere hipótesis que, luego, son desarrolladas por vía deductiva. En todos los casos, se trata de probar lo verosímil, agotando, en lo posible, todas las variantes que el caso ofrece.

Es el arte de conjeturar problemas y/o soluciones que el abogado o el juez -en nuestro caso- forja ante el caso concreto y el plexo normativo vigente o el precedente admisible, según sea el sistema de que se trata.

Cuando Cicerón nos hablaba del arte de la invención, calificando de esa forma a la retórica, de alguna manera implicaba a la abducción como no indiferente a ella.

Es, quizá, innecesario polemizar sobre su importancia. ¿Quién podría negar que tanto la abstracción y la abducción son operaciones inte-

lectuales inevitables? ¿Y cuántos las emplean, sin siquiera tomar plena conciencia de ello?

En punto a concretar algo más, puede decirse que Wundt sostuvo que el razonamiento apagógico consiste en probar una tesis por la exclusión (refutación) de todas las otras tesis alternativas.

Finalmente, ha sido Charles Peirce (1839-1914) quien en su combate con el psicologismo, aseguró que la lógica, en cuanto ciencia, tiene carácter matemático y reivindicó el uso de la abducción, afirmando que puede ser considerada como un método para formar una predicción general sin estar seguro de que tendrá éxito en el caso particular. Al respecto, pueden consultarse sus *Collected Papers*, Cambridge, 1933.

# SITUACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO ARGENTINO

por EFRAÍN HUGO RICHARD \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La situación actual. III. El origen de la desconfianza. IV. Las sociedades extranjeras. V. Responsabilidad del controlante. VI. Marco legal de representación de banco extranjero. VII. Actividad ilegal de representaciones. VIII. Cierre contable de la operatoria. IX. El *doing business indirecto*. X. Grupo de jactancia. XI. La actividad ilícita. XII. Incertidumbre del mercado financiero mundial. XIII. El presente y el futuro.<sup>1</sup>

El panorama respecto al sistema bancario argentino es paradójico: las entidades sometidas al régimen legal se encuentran en precaria situación y su futuro es incierto, mientras que operan sin problema las entidades que marginan la legalidad. Ello en un contexto de inseguridad mundial de las inversiones financieras.

## I. Introducción

El decr. 995/02 que se implementó para salir del «corralito», según la información periodística, que disponemos a la fecha de hacer este infor-

---

\* Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 2/7/02. Texto que fue sintetizado en la presentación formalizada en reunión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba del 2 de julio de 2002.

<sup>1</sup> Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar.

me a la Academia el 2 de junio de 2002, lo ha sido sin la anuencia de los bancos extranjeros, que en su mayoría han quitado o anuncian la quita de apoyo a los bancos argentinos controlados, con los consiguientes cierres, iniciación de los procedimientos de emergencia por el B.C.R.A., o la constitución de fideicomisos a administrar por el Banco de la Nación Argentina. Al escribir estas líneas el 1° de julio de 2002 el panorama es incierto, pues organismos internacionales intentan que el gobierno asuma integralmente la relación con los ahorristas argentinos que no tienen la disponibilidad de los depósitos, y se publicita la primer licitación de bonos a tres años que pueden ya haber obtenido esos depositantes.

En ese marco aparece la vocación de hacer primar el derecho por sobre especulaciones políticas o prácticas economicistas, como resulta de la declaración de esta Academia. Continúan las normas surgiendo vertiginosamente de varias fuentes haciendo imposible la presunción legal sobre el conocimiento del derecho, mientras con similar vertiginosidad se producen pronunciamientos judiciales con medidas cautelares autosatisfactivas o declaraciones de inconstitucionalidad, pero sin poder aún ejercer un juicio de predictibilidad sobre el resultado final de los pleitos suscitados, o por lo menos sobre la real ejecutabilidad de las medidas que se dicten. La predictibilidad permite suponer que aún continuarán las medidas cautelares judiciales autosatisfactivas.

La estabilidad no se logrará a través de las leyes del «mercado», entretenido en meras especulaciones financieras, cortoplacistas, no solidarias, que intentan socavar a la Nación. Esta sólo podrá lograrse a través de la aplicación del sistema jurídico<sup>2</sup> como orden del orden social pretendido. Y si intentamos recuperar el prestigio y la confiabilidad tanto de los ahorristas internos como de inversores internacionales es necesario dar seguridad jurídica a través de la estabilidad de las leyes y de la rápida solución de los conflictos. Es casi como un rezo de un viejo comercialista el volver al viejo corazón del derecho mercantil, de aquél que le dio impulso en la antigüedad: volver a los usos y costumbres como ética de los negocios, y a la justicia inmediata.

---

<sup>2</sup> Sobre el punto puede verse la declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ante la crisis, en págs. 421 de este volumen y en su página electrónica que individualizamos en ulterior nota.

Se advierte un desconocimiento o un desinterés suicida en esta cuestión, que para afrontarla vienen a cuento las primeras palabras de la introducción que hace otro académico, Mario Martínez Crespo, en el interesante libro que nos hiciera llegar en el día de ayer *Pequeño Diccionario de la Sabiduría*, donde iniciada la «Recopilación de frases y conceptos» apunta «*La verdadera sabiduría consiste en juzgar bien las cosas, con juicio entero y no estragado, de tal manera, que estimemos a cada cual en aquello que ella es, y no nos vayamos tras las cosas viles como si fuesen preciosas, ni desechemos las preciosas por viles, ni vituperemos las que merecen loar, ni loemos las que de suyo merecen ser vituperadas*».

Nada mejor para considerar al «sistema financiero».

## II. La situación actual

Las instituciones autorizadas por el B.C.R.A. para operar integralmente en la intermediación financiera se encuentran en colapso. Los redescuentos que el órgano de control les otorga cesarían o han cesado ante la falta de capitalización por parte de los accionistas controlantes. Varias instituciones se encuentran suspendidas y a otras se les aplican los procedimientos liquidatorios previstos en la ley de entidades financieras.

Las noticias diarias hacen pensar que la situación se agravará y pocos serán los Bancos que podrán continuar operando normalmente.

Operatoria normal que podrá ser también alterada en función de las resoluciones jurisdiccionales que puedan vulnerar los frenos que las normas intentan imponer, particularmente el decr. 995/02.

Los bancos extranjeros, sin autorización para operar en el país, que han abandonado a sus controladas -en forma directa o indirecta-, han iniciado conversaciones para evitar problemas en el frente interno, para adquirir las tenencias de los accionistas minoritarios, despreocupándose en cambio de los ahorristas. Esta conducta señala que desde el punto de vista societario podría existir reproche a la conducción realizada, mientras que suponen que los ahorristas -que de existir tal situación tendrían también acción contra ellos-, no podrán superar los escollos legales, incluso las trabas que los mismos organismos oficiales generen a través de la actuación de la Superintendencia del Banco Central de la República Argentina, del propio Directorio de esta entidad, o de las normas que el

Poder Ejecutivo dicte desvinculando a los bancos de los ahorristas. Colaboran con tal sistema las «casas de cambio», que no sólo operan en el arbitraje de divisas, sino con bonos nacionales o provinciales, en la liberación de fondos «acorrados» y en la negociación de cheques.

Los segmentos de la actividad empresaria miniPyme que perduran operan con mutuales que actuando como «cajas de crédito» también lo hacen al margen del control del B.C.R.A. y de las normas que controlan al sistema financiero.

El achicamiento de las entidades subsistentes es evidente, habiéndose ya producido varios desplazamientos en la propia ciudad de Córdoba, aunque ello no aparece publicitado, pero que hemos constatado personalmente.

Ello sería producto de la conducta del «mercado», lo que traducido es la desconfianza que se generó no sólo en los ahorristas afectados, sino en toda la clientela, que trata de estar lo más desligada posible a la intervención de los bancos, no sólo por su onerosidad -directa por comisiones e indirecta por impuestos-, sino por la presunta insolvencia que pueda registrar la entidad elegida en el futuro.

### **III. El origen de la desconfianza**

Esa desconfianza fue generada desde dentro de los propios bancos controlados por, o vinculados a, entidades extranjeras, que aconsejaron y facilitaron el traslado de los depósitos fuera del control del B.C.R.A. y sin su intervención.

Claro que no fue ese único elemento. La situación estaba signada por no cumplirse desde su mismo origen las reglas de una convertibilidad cambiaria fija, que señalara ab initio nuestro presidente honorario el profesor emérito Dr. Luis Moisset de Espanés<sup>3</sup>. La emisión con la que era sufragado el déficit fiscal fue financiada con crédito externo, cuyos intereses -desmesurados- fueron insumiendo cada vez más de nuestro presupuesto, aumentando aquel déficit.

---

<sup>3</sup> En *La convertibilidad del Austral*, Buenos Aires, Zavalía, 1991, en el artículo con que inició la colección de 4 tomos, en obra colectiva que también dirigió.

Hace más de seis años presentamos una comunicación en Congreso de Madrid señalando la situación y los efectos que, sin duda, generarían en nuestro país, donde la especulación financiera fue minando la actividad empresarial y generando el desempleo, Alberdi ya lo había señalado hace 150 años <sup>4</sup>.

Los prestamistas o los que asesoraron a los inversores son tan responsables como el deudor inexperto -o doloso- por los daños que su insolvencia genera a otros terceros. Así lo fijaría un juez francés de insolvencia si tuviera que tratar el caso como un particular.

Es que en paralelo al sistema legal, se advirtió -y aún se advierte- el funcionamiento sin problema de la operatoria montada por las representaciones legales de bancos extranjeros, o banca *off shore*, que conforme a recientes apreciaciones periodísticas del presidente de la Comisión de la Cámara de Diputados sobre fuga de capitales, el cordobés Dr. Eduardo Di Cola <sup>5</sup> podría estar vinculada a los 73.332 millones de dólares que se fugaron del país en los últimos años, y que según otras apreciaciones haría llegar los capitales que se manejan desde Argentina en el exterior a 120 mil millones de dólares estadounidenses.

#### IV. Las sociedades extranjeras

Es un principio clásico del derecho comparado, hoy tan recordado en las «exigencias» del Fondo Monetario Internacional, que las sociedades extranjeras no sean discriminadas <sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Confr. libro colectivo *La mundialización financiera* que reseñamos en el artículo «La crisis argentina y la mundialización financiera», E.D., 6/3/02. Sobre deuda externa, puede verse la comunicación publicada en Rev. Tribuna Simón Bolívar, órgano del Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, otoño 96, N° 6, pág. 10 y ss.. presentado al IV Coloquio América Latina - Europa: 1. «La deuda externa de América Latina: evolución y reestructuración». 3. «Deuda externa y operaciones financieras especulativas: instrumentos jurídicos de defensa», en Madrid, 24 y 25 de junio de 1996, titulado «Deuda externa, inversiones y desarrollo» que formalizáramos juntamente con la jurista Emma Mini de Muiño. Y nuestro *Viejos problemas y repetidos efectos: la deuda externa* en Libro en Homenaje a Juan Bautista Alberdi, editado por esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y otros trabajos citados en nota 8\*.

<sup>5</sup> La Voz del Interior, domingo 30/6/02, pág. 8 A.

<sup>6</sup> Efraín Hugo RICHARD y Orlando M. MUIÑO, *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 847 y ss..

Es evidente, que en nuestro país las discriminadas son las sociedades argentinas, por los excesivos controles, demoras y costos de constitución, que tientan a los mismos argentinos a constituir las SAFI uruguayas o las «*one dollar corporation*» en Panamá, mientras la doctrina discute sobre el rol del capital o los efectos del incumplimiento por parte de las sociedades extranjeras por su falta de inscripción en el país en el que actúan. Los beneficios van desde la no aplicación de los arts. 30, 31 y 32 de la ley 19.550 sobre participaciones societarias, los beneficios jurisprudenciales en torno a la notificación de demandas, requerimiento de balances consolidados e inexistencias de identificación de socios, requisitos de capital, etcétera, y no aplicación -hasta la fecha- de la teoría de los administradores de hecho al único apoderado designado por el directorio u órgano de representación, que realiza ese único acto en su historia.

La cuestión es más ríspida en orden a la actuación en el país de representaciones de bancos que son sociedades constituidas en el extranjero y autorizadas a operar por el país de origen.

La derogación de las normas que tipifican el delito de «subversión económica» alienta un análisis que ponga el acento en la sanción civil por inconductas: la responsabilidad para reparar el daño causado.

Nuestra esperanza es que se afronte la crisis en su «estructura» y no en sus efectos coyunturales, anidada en las palabras del presidente Duhalde en su discurso ante la Asamblea Legislativa al prometer devolver los depósitos en dólares e investigar a los responsables del vaciamiento.

En ese marco, resulta insólita la información que aparece en La Nación del día 30 de abril, en la misma página. Una de carácter periodístico pero de alto contenido compromisorio, y otra de carácter legal, cual es el edicto de la Asamblea del Banco Río de la Plata S.A.. La primera es una noticia del Banco o grupo Santander señalando que a su controlada en Argentina sólo le quedan fondos para operar por 90 días. Claro que si ello resulta de facilitar transferencias de depósitos que tenía el Banco Río a través de su Banca Privada Santander Investment que es una representación local de banco extranjero, también controlada por el grupo Santander. Y la edictal que aclara que el Banco Río, que aparentemente carecería de fondos para operar por más de 90 días, graciosamente renuncia a un aporte irrevocable -casi seguro de su controlante- por U\$S 38.000.000, que es contradictoria. Y correlativamente la Asamblea autorizaría la emisión de obligaciones negociables por muchos millones de pesos que, sin duda, al fracasar la suscrip-

ción por el clima generado por estos mismos financistas, llevaría a justificar el cierre local. Claro que quizá continúen operando en el circuito argentino a través del Santander Investment.

El número de la Revista Noticias del 4 de mayo trae una amplia información entre páginas 24 y 29 que refiriéndose a las manifestaciones precedentes, apunta que «La declaración de principios de Sáenz se entendió en los ámbitos empresarios y políticos de Buenos Aires como un ‘apriete’ del Santander al gobierno para que rápidamente se ponga fin a la delicada situación de los bancos. Con un plan de bonos o como sea».

El sistema judicial, los abogados y el gobierno se entretienen en paliativos coyunturales, intentando y restringiendo medidas cautelares autosatisfactivas en el descubrimiento masivo de una justicia rápida en torno a normas supuestamente inconstitucionales<sup>7</sup>, que contrasta con los tradicionales «tiempos» procedimentales generados por el creciente hipergarantismo que rompe toda seguridad jurídica, y es causa estructural del alejamiento de inversiones. La falta de una visión global quizá llegue a sostener una nueva convertibilidad o la dolarización, o hasta requerir que se declare la inconstitucionalidad de las normas que alteraron la convertibilidad, sin advertir que la cuenta regresiva de una explosión calculada se había iniciado hace mucho tiempo con la ruptura de la economía nacional, aunque se mantenía una fachada de política financiera, beneficiando las especulaciones<sup>8</sup>.

Sociedades extranjeras que operan bancos en el extranjero, han cumplido con las normas del derecho societario argentino para realizar actos aislados en el país.

Las sociedades argentinas para operar en el sistema financiero, además de cumplir con su organización societaria conforme las leyes de nuestro país, deben obtener su habilitación como empresa bancaria para poder operar legalmente en la intermediación financiera.

---

<sup>7</sup> Sobre el punto puede verse entre muchos medulosos estudios a Antonio María HERNÁNDEZ en Rev. El Tribunal, del Colegio de Abogados de Córdoba, en el corriente mes.

<sup>8</sup> Confr. nuestros trabajos, «Crecimiento económico, deuda externa y crecimiento social» en colaboración con Emma Mini de Muiño, en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, vol 3, N° 2, 1995 (diciembre)

Aquellas sociedades extranjeras no han cumplido con los recaudos establecidos en la ley para operar en la intermediación financiera en nuestro país, a lo más -como señalaremos más adelante- se han inscripto ante el B.C.R.A. para asesorar de las operaciones que hacen en los países en que están habilitadas a intermediar.

## V. Responsabilidad del controlante

El enfoque que se ha dado en la adopción de algunas medidas cautelares en relación a depósitos bancarios, el Tribunal Supremo de Justicia de Río Negro ha puesto en escena la responsabilidad del grupo económico.

En esa línea, dicho Tribunal Supremo de Justicia de Río Negro ordenó a la Banca Nazionale del Lavoro la devolución de parte de las sumas depositadas a plazo fijo por dos ahorristas, para hacer frente a un tratamiento médico señalando que «la decisión aquí adoptada debe hacerse extensiva en forma concurrente o *in solidum* (art. 700) al grupo económico denominado «Gruppo Banca Nazionale del Lavoro SPA», debiendo entenderse por «grupo» a la matriz y sus filiales... Entre los fallos de mayor relevancia puede citarse el divulgado caso «Cía. Swift de La Plata S.A.»... no existe personalidad jurídica diferenciada entre todas las empresas de un grupo, que responden a una voluntad común»<sup>9</sup>.

---

pág. 99 y ss.; «Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva comunicación» con Emma Elena Mini al coloquio sobre «Deuda externa» organizado por el Prof. Sandro Schipani de la Università degli Studi di Roma «*Tor Vergata*», de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos; «Deuda externa y mercado» con Emma Mini, sumario de la ponencia publicada en el libro del Congreso, *La Argentina contemporánea*, Ediciones C.I.E.C., 1995, bajo dicho título de págs. 150 a 153; «Deuda externa - Derechos de los deudores conjuntos», con Emma Mini al X Congreso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe FIEALC en Moscú desde el 26 al 29 de junio de 2001, Seminario III «Deuda externa y defensa del deudor».

<sup>9</sup> Autos «Baldini, Omar Emilio y Zas, Angela María s/ Amparo», Exp. 16.448./02 - T.S.J. en sentencia del 12 de febrero de 2002. El mismo tribunal, bajo los mismos argumentos hizo lugar a una medida cautelar en la causa seguida contra el BBVA - Banco

Parecería que se trata de la teoría del control abusivo por parte de quienes ejercen el control de derecho, originado en la jurisprudencia citada y recogido legislativamente en el art. 54 *in fine* de la ley de sociedades y en el art. 161 de la ley de quiebras. La primera norma se refiere a la mal llamada «inoponibilidad de la personalidad jurídica» que ante el ilegal ejercicio de control genera una imputación aditiva al controlante de los actos operados por la controlada, mientras que la segunda autoriza ante situación semejante a extender la quiebra de la controlada a la controlante.

El punto central es determinar si la controlante ha actuado en forma abusiva en el control de la sociedad financiera argentina controlada, y el impago no resulta de normas de orden público interno ajenas a la actividad de la controlante.

La verdad formal encubre la cuestión pues no hay duda que el gobierno nacional impuso la no devolución de los depósitos en forma inmediata, generando su reprogramación.

Ante tal situación, cabría dividir el análisis en: a) Bancos controlados que no han dejado de operar, y b) Bancos controlados cuya controlante extranjera los ha abandonado a su suerte.

Para el segundo caso, debería restringirse la situación de abuso en el control. Pero vamos más allá: ¿existió alguna actuación de algún o algunos bancos extranjeros que generó la crisis financiera argentina? ¿Existió alguna infracción al régimen jurídico argentino que los haga responsables, incluso más allá de por los actos de su controlada?

La responsabilidad o imputabilidad que se avizora respecto a los bancos extranjeros controlantes <sup>10</sup> de bancos argentinos parecería indirecta, pero nuestro intento es revisar si no existe alguna responsabilidad directa por parte de los controlantes extranjeros por sus propios actos.

---

Francés, haciendo extensiva la sentencia en forma concurrente a todo el grupo económico al que pertenece la entidad financiera en autos «Mones, Hernán y otra s/ Amparo s/ Apelación», rectificando el criterio de la primera instancia y apoyándose en la doctrina seguida en los autos citados con anterioridad en esta nota.

<sup>10</sup> Nto. «Sobre la responsabilidad del controlante y particularmente frente a la quiebra de la entidad financiera» en Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, Rosario, junio de 1984.

Convengamos cómo se produjo el flujo de depósitos al exterior, particularmente después desde el segundo trimestre de 2001.

El jurista y ex juez Dr. Salvi, en reportaje que recoge la revista Noticias del 11 de mayo, niega la posibilidad de éxito de las demandas que referimos en el punto 1, al señalar que se trata de diferentes sociedades, lo que haría desaparecer toda posibilidad de dirigir una acción contra el banco extranjero.

Contemporáneamente -10 de junio de 2002- se informaba que una jueza en Madrid había declarado su competencia y fijado audiencia de conciliación para el mes de julio, respecto a una demanda interpuesta por 100 ahorristas argentinos en el Banco Río, dirigida contra su controlante Banco de Santander.

Este ensayo tiende a determinar la razón o equívoco de esa afirmación, que en cada caso estará condicionada a los presupuestos generales de la responsabilidad y a otras consideraciones que formalizaremos de seguido. No descartamos que los bancos asuman afrontar sus obligaciones con los ahorristas sin ampararse en el marco legal de emergencia, conforme lo autorizaría bajo ciertas condiciones el *decr. 905/2002* publicado la primera semana de junio, pero intentamos determinar en qué supuestos podrían verse obligados terceros a asumir la obligación.

En primer lugar, no encontrándose en quiebra ningún banco desde la cual se pudiera extender ésta al controlante torpe, la responsabilidad o imputación de los actos de la sociedad argentina controlada derivaría de la configuración de los presupuestos del art. 54 *in fine* de la ley de sociedades, generando a través del control una acción ilegal de la controlada <sup>11</sup>.

La promoción de esta acción contra el controlante impone la prueba del abuso en el ejercicio del control, lo que sin duda quedará acreditado en los supuestos con los que continuaremos, que también autorizan la aplicación de otra normativa.

---

<sup>11</sup> Nto. *Las relaciones de organización. El sistema del derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002, pág. 273 y trabajos anteriores.

## VI. Marco legal de representación de banco extranjero

1. La actividad financiera implica un servicio público impropio <sup>12</sup>, y por lo tanto, sujeta a especial regulación legal como explica Luis Porcelli en *Entidades financieras privadas, funcionalidad e historia de su regulación*: «1.3 La intermediación financiera: La referida actividad se realiza con **capital ajeno** o **predominantemente ajeno**. El origen de éste proviene básicamente del público (depositantes o ahorristas) con el que se gestiona una **intermediación financiera**. Así se captan fondos pagando una tasa de interés para prestarla a otra mayor y lucrar con las diferencias entre ambas. En este supuesto, es indiscutible el poder reglamentario del Estado, que se implementa como una auténtica política en tal sentido. Por sus características, todos los países del mundo le asignan un riguroso control estatal a este tipo de intermediación ya que constituye la base determinante del sistema crediticio general y nacional, de muchísima mayor magnitud que los préstamos tomados en el extranjero (éstos también denominados **inversiones**). La pérdida o empleo erróneo del capital prestado a terceros y originado en los depósitos causa graves consecuencias sociales y colectivas. Su característica determinante resulta la **ajenidad** de los fondos prestables y objeto de la intermediación financiera. Esa intermediación no utiliza ni arriesga un capital «propio» (como sucede en otras actividades) sino uno de origen colectivo, definitivamente finito, cuantificable, único en el país y no sustituible. .... Las entidades financieras y, especialmente, los bancos, quedaron desde entonces sometidos a las disposiciones de una legislación especial y debieron desenvolverse en un régimen distinto al de otras empresas comerciales. Esa distinción estaba y está motivada por operar con los depósitos del público, aún cuando han sido también numerosos los casos en los que los fondos del capital de la entidad fueron aportados por el Estado (como en los deno-

---

<sup>12</sup> Nto. artículo «Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita», en el libro colectivo de nuestra dirección *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1992, pág. 163.

*minados **bancos de fomento**, fenómeno éste que se ha dado de forma generalizada en países extranjeros y en nuestro país). ... En razón de ello, el **presupuesto fáctico determinante y necesario** a considerar está constituido por la capacidad de los entes financieros (considerados en su totalidad y como sector) para captar la liquidez que posean individualmente las personas del país. Se materializa mediante depósitos de diferentes tipos. a.1. Dicha masa global de depósitos no es infinita sino, por el contrario, es «limitada» y «mensurable» en cualquier país, incluido el nuestro y, obviamente, no puede exceder a la sumatoria de la capacidad de depositar de todos los habitantes...».*

2. La representación legal de un banco extranjero, además de cumplir con los actos inscriptorios previstos en la ley 19.550, si pretende realizar intermediación financiera, aunque fuere en forma aislada, debe cumplir con la ley de entidades financieras. Es más, la ley de entidades financieras regula la mera presencia de representaciones de bancos extranjeros en el país.

La responsabilidad podría surgir de otros fundamentos y los actos en cuestión podrían tener otra configuración jurídica. Se impone analizar la modalidad operativa en el sistema financiero y «sus aledaños» para determinar si existen o no otras responsabilidades.

Las normas sobre representación en la República Argentina de un banco extranjero <sup>13</sup>, disponen que la actividad en la República de representantes de entidades financieras del exterior no autorizadas a operar en el país está condicionada a la previa autorización del B.C.R.A. y a las reglamentaciones que éste establezca <sup>14</sup>. Esas reglamentaciones disponen que la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias es el organismo facultado para conceder la autorización <sup>15</sup>.

Además de contar con la autorización de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, las entidades financieras extranje-

---

<sup>13</sup> Extraídas de un «paper» de un importante estudio jurídico porteño.

<sup>14</sup> Art. 13, segundo párrafo, de la ley 21.526.

<sup>15</sup> Comunicación «A» 2241 del B.C.R.A. del 2/9/94, Circular CREFI 2, «Creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras», Capítulo VI, Sección 1.

ras que pretendan abrir una representación en la República Argentina deben cumplir con los siguientes requisitos en cuanto subsistan las intrincadas normas que dicta el B.C.R.A.<sup>16</sup>: a) aportar información de sus representadas<sup>17</sup>; b) cumplir con el régimen informativo<sup>18</sup> y c) el régimen financiero del país de origen -excepto si se trata de un país limítrofe- debe estar sujeto a un sistema de supervisión consolidada<sup>19</sup>.

Las oficinas de representación solamente pueden desarrollar *actividades no operativas*. La operatoria de la representación se debe limitar al asesoramiento de interés para la vinculación con el exterior de las actividades locales, privadas y oficiales<sup>20</sup>. A la representación *le está prohibido realizar cualquier tipo de intermediación financiera y operar en cambios*<sup>21</sup>.

La normativa del B.C.R.A. textualmente dispone: «Operaciones prohibidas: No está permitido a los representantes realizar forma alguna de intermediación financiera en los términos de la ley N° 21.526, como tampoco concertar ni operar en cambios. Las gestiones de representación no deberán dar lugar a que los terceros contratantes queden obligados con los representantes, ya que no es función de éstos operar como parte en las transacciones».

Se considera al representante como una extensión de la entidad representada y, en este sentido, son conjunta y solidariamente responsables por las actividades que aquél desarrolle en el país en el ejercicio de su representación<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Nto. «En torno a la ignorancia del derecho», editorial de La Voz del Interior del 20/9/98 y 14/10/98, en pág. 14 A.

<sup>17</sup> Ídem nota precedente, Capítulo VI, Sección 3.

<sup>18</sup> Comunicación «A» 2241 del B.C.R.A. del 2/9/94, Circular CREFI 2, «Creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras», Capítulo VI, Sección 9.

<sup>19</sup> Comunicación A 2362 del B.C.R.A. del 1/9/95.

<sup>20</sup> Comunicación «A» 2241 del B.C.R.A. del 2/9/94, Circular CREFI 2, «Creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras», Capítulo VI, Sección 7.

<sup>21</sup> Comunicación «A» 2241 del B.C.R.A. del 2/9/94, Circular CREFI 2, «Creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras», Capítulo VI, Sección 8.

<sup>22</sup> Comunicación «A» 2241 del B.C.R.A. del 2/9/94, Circular CREFI 2, «Creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras», Capítulo VI, Sección 5.

En caso de incumplimiento a las disposiciones el B.C.R.A. podrá disponer el cese inmediato y definitivo de la actividad y aplicar las sanciones previstas en el art. 41 de la ley 21.526 -ley de entidades financieras-, entre las que se prevé la revocación de la autorización para funcionar<sup>23</sup>.

Las entidades financieras extranjeras *que pretendan ejercer intermediación financiera u operar en cambios deben abrir sucursales* en la República Argentina, las que deben radicar efectiva y permanentemente capitales en el país<sup>24</sup>. El mismo art. 13 de la ley de entidades financieras distingue claramente entre representación y sucursal. No ingresaremos en esta oportunidad en el análisis del límite de actividades de una sucursal de banco extranjero en el país, que está acotada por la ley de entidades financieras, la propia formulación del desmembramiento de la sucursal y el contenido de la autorización por el B.C.R.A. para operar en el país.

## VII. Actividad ilegal de representaciones

La forma operativa de esas representaciones es y sigue siendo público y notorio, con la idea de la mayoría de sus clientes de operar legalmente y conforme el marco legal dispuesto por el B.C.R.A., tanto en el pasado como actualmente en que han trasladado los depósitos a entidades extranjeras del mismo grupo.

La opinión pública cree que todo lo actuado en el sistema financiero es legal. Esas representaciones, o los propios bancos que operan -u operaban- en el país controlados por bancos extranjeros, abrían cuentas en el extranjero desde el país, ordenaban depósitos, extracciones o transferencias sin registrarlas localmente. Más intensamente en el 2001, los depositantes locales eran asesorados sobre la conveniencia de trasladar sus

---

<sup>23</sup> Comunicación «A» 2241 del B.C.R.A. del 2/9/94, Circular CREFI 2, «Creación, funcionamiento y expansión de entidades financieras», Capítulo VI, Sección 9.2.1 y 2.

<sup>24</sup> Artículo 13, segundo párrafo, de la ley 21.526. El artículo 32 de la misma ley dispone: «Las entidades mantendrán los capitales mínimos que se establezcan».

fondos al exterior, firmaban la extracción de sus depósitos como si los retiraran en efectivo del local, y consiguientemente, se ordenaba una «verdad formal» como que ellos mismos se trasladaban al exterior realizando personalmente el depósito a 15.000 km. de distancia, que se acreditaba mediante un fax emitido desde el extranjero al local del banco o de la representación en Argentina, acreditando efectivizado ese depósito 10 minutos después de haberse realizado la extracción en la Argentina por el propio titular de la cuenta, omitiendo la existencia de una transferencia electrónica y la correspondiente comunicación al B.C.R.A..

Era lícito que un ahorrista argentino solicitara a un banco local autorizado a funcionar plenamente por el B.C.R.A. (nacional o extranjero) que transfiera sus fondos en moneda extranjera (antes del 30 de noviembre de 2001 o sea durante el período que se produjo el vaciamiento del sistema financiero nacional), y que el banco local lo transfiriera electrónicamente a la cuenta del banco extranjero con comunicación al B.C.R.A..

Era y es ilegal la misma transferencia si se intenta hacer directamente de un banco local a uno extranjero, sin intervención del B.C.R.A., y más ilegal si lo hacía una representación de banco extranjero que no podía hacer ningún tipo de operación en el país.

Como matiz, si los fondos no estaban depositados en ningún banco, se realizaba la misma ilegal apertura de cuenta en el extranjero en territorio nacional, y se transferían los fondos a través de una casa de cambio.

En conciencia de esa ilegalidad, la práctica para violar la norma es que se le haga firmar al ahorrista, sin explicación, el recibo del plazo fijo como si se le entregara la moneda, y luego se le entregaba un fax de un banco extranjero donde se expresaba que se recibía del mismo ahorrista la misma cantidad de dinero, en efectivo en las Islas Cayman o paraíso fiscal similar. Esta es una falsedad, el ahorrista no había viajado, la plata no había salido del tesoro del banco, ni había entrado en la del banco extranjero.

En muchos casos, esto se hacía en la propia sede de la representación local de un banco extranjero, donde se firmaban y firman todos los papeles, el recibo del plazo fijo del banco local vinculado y el fax del banco extranjero que representaba. Las representaciones que sólo podían asesorar, no son entidades financieras autorizadas para operar en el país, por eso la calificación de *doing business indirecto* a estas operaciones prohibidas, posibles sólo ocultando la verdad real y generando una verdad formal que implica una simulación ilícita.

Aún ahora, es más con mayor necesidad ahora, en «algún lado» de nuestro país (y esto es público y notorio) se manejan las cuentas de los argentinos en el extranjero, disponiendo depósitos y extracciones, cuando no formalizando operaciones de *back to back*. Todo esto no está autorizado ni por la ley de entidades financieras ni por el B.C.R.A..

Fijado el marco legal si existió y existe responsabilidad de las representaciones locales de bancos extranjeros si violaron las disposiciones de la ley de entidades financieras y, en tal caso, también serían responsables las entidades que colaboraron con ellas.

Estas formas operatorias financieras por entidades no autorizadas, o encubiertas en el seno de operaciones autorizadas en beneficio de un banco *off shore*, facilitadas por la electrónica es denominada *doing business indirecto*.

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

Lo denunciamos el 7 de abril de 2001 en una mesa redonda que integró la Cra. Maidana, funcionaria del Ministerio de Economía de la Nación al excusarse el Dr. Carlos Sánchez <sup>25</sup>.

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

---

<sup>25</sup> Puede verse en la referida página electrónica de la Academia.

### VIII. Cierre contable de la operatoria

Los depósitos a plazo fijo «trasladados» al exterior, en su mayoría no fueron entregados por los bancos a sus titulares y los billetes no fueron trasladados al exterior, sino que se mantienen en el circuito financiero argentino obteniendo altos rendimientos, mientras se reducían notablemente los rendimientos a los depositantes.

Ello generó un efecto contable y de atesoramiento que obligó a otra operación falsa. El dinero (en gran parte) no salió «físicamente» del país ni entró al país extranjero sino contablemente. En tal caso, completa la operación con un préstamo del banco extranjero al local, anunciado al Banco Central, para justificar la tenencia del dinero (que era del ahorrista) en el tesoro (o en la cartera de préstamos) del banco local. Esto se denomina «triangulación». El decr. 410/02, art. 1º inc. c, recoge esta práctica sin distinguir el origen de la operación o determinar un control del efectivo ingreso de fondos.

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

### IX. El *doing business indirecto*

¿Existe alguna sanción de acreditarse esa actividad de las representaciones locales de bancos extranjeros, que no pueden realizar negocios, y las formalizaron a través del sistema cibernético y con la colaboración de otro operador financiero en el país?

Adelantamos que se trata de operaciones denominadas *doing business indirecto*, por las que las sociedades extranjeras a través de establecer una representación que sólo las autoriza a asesorar o por la acción encubierta de un banco local controlado, encubren el ejercicio permanente de una actividad extraterritorial de la sociedad constituida en el extranjero, y en la especie de intermediación financiera sin estar autorizadas para ello, en clara violación de la ley de entidades financieras.

Conforme a las señaladas normas de la ley de entidades financieras y reglamentación del B.C.R.A., y a las disposiciones de la ley de socie-

dades comerciales, esas representaciones en tanto y en cuanto estén aprobadas por el B.C.R.A. sólo pueden realizar asesoramiento, estudio y gestión de financiaciones, garantías, asistencia técnica y demás negocios que pudieran resultar de interés para las vinculaciones con el exterior, no pudiendo realizar consecuentemente operaciones de intermediación financiera, como lo han reconocido esas representaciones en causas judiciales. La violación de ello atrae las sanciones previstas en la ley de entidades financieras, para esa representación y para el banco local controlado.

Diariamente parecerían perfilarse investigaciones que ponen de manifiesto que la especulación financiera intenta justificarse en sí misma, eliminando la economía real y generando el camino de su autodestrucción. Así trasciende de los diarios investigación sobre una política financiera cuestionable. En La Voz del Interior del 31 de mayo -pág. A 6- se señala que el fiscal federal Dr. Torres «abrió una causa de oficio por el vaciamiento del Banco Suquía», destacándose en la noticia «al analizar los estados contables del Banco Bisel y del Bersa (ambos pertenecientes, al igual que el Suquía, al francés Crédit Agrícola) se descubrió que el 30 de noviembre... el Suquía prestó al Bisel 125 millones de dólares y al Bersa, 25 millones... denunció también la adquisición por parte del Crédito Agrícola del banco uruguayo Acac, entidad cuyos balances habrían arrojado pérdidas millonarias... mientras todo el sistema uruguayo aumentó sus depósitos en un ocho por ciento, el Acac aumentó el 15 por ciento al mismo tiempo que los bancos Bisel, Bersa y Suquía bajaban en un porcentaje similar». Y en el mismo diario, al día siguiente, 1° de junio, a pág. A 2 se informa que «Detuvieron a otro directivo del B.G.N. ... lo apresaron en un inmueble que, según los investigadores, habría funcionado como «cueva» para la captación de depósitos bancarios por fuera del circuito legal».

Tal forma de vaciamiento del sistema financiero trae una serie de consecuencias <sup>26</sup>, en la relación ahorristas-bancos, en el ejercicio de acciones de responsabilidad contra funcionarios públicos sobre la base del

---

<sup>26</sup> Puede verse nto. *Viejos problemas y repetidos efectos: la deuda externa* (en prensa en Homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a Juan Bautista Alberdi, que puede verse en su página electrónica indicada en nota 2, y el referido artículo de Minsberg,

art. 1112 C.C., en la refundación del sistema financiero, que no es del caso explicitar en este momento, pues lo que interesa rescatar es la investigación sobre si existía o no tal operatoria y la consiguiente responsabilidad, pues la existencia de responsabilidad o de imputación implica satisfacer todos los daños generados por esa conducta que, al ser dolosa, impondría satisfacer también los efectos remotos: los perjudicados son los bancos que no actuaron indebidamente, los ahorristas que sacaron los fondos y que perdieron rentabilidad y disponibilidad, los que se quedaron y ahora no pueden disponer de los fondos, los empresarios a los que se les niega todo crédito y se les exige la devolución inmediata de todos los préstamos en un mercado donde la crisis financiera ha agudizado la crisis económica terminal.

Este ejercicio, de acciones ilegítimas en torno al sistema financiero argentino, repite una historia de vaciamiento y hasta quizá de hiperinflación. Recordemos el déficit cuasi fiscal que llevó a corregir el balance del B.C.R.A. a fines de 1989 y luego con el plan Bonex de fines del 90, donde se evidenció que los ahorros de los argentinos se volatilizaron por errores gubernamentales en relación a políticas financieras y acciones ilegales a través de las entidades financieras <sup>27</sup>. Ahora la historia volvería a repetirse, particularmente si se valora lo que hemos referido.

Discernir la ilegalidad de lo actuado permitiría prevenir en el caso de nuevas quiebras de Bancos en las actuales circunstancias, impidiendo que ocurra lo mismo que en Filipinas y Ecuador, donde las matrices, controlantes o vinculadas externas negaron responsabilidad, como parecerían pretenderlo ya algunos bancos extranjeros no autorizados a operar en el país y controlantes de sociedades bancos argentinos autorizados a operar.

Es inaceptable la posibilidad que representaciones de bancos extranjeros en el país, que no forman parte de su sistema financiero, puedan realizar negocios (*doing business*). Esclarecerlo permitirá entender las situaciones que se producen en nuestra plaza y las bases para la reconstrucción del sistema.

---

<sup>27</sup> Conf. ntos. «La economía del derecho», revista La Ley, Sección Actualidad, 18/4/89, pág. 2 y ss.; «La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria» en publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II Obras, N° 22, pág. 205 y ss..

Se trata de una clara actividad ilícita, sancionada por el art. 19 de la ley de sociedades comerciales<sup>28</sup>: actividad ilícita. La opción que la nueva norma otorgaría a los ahorristas no genera la irresponsabilidad de las entidades que actuaron ilegítimamente. Contra ellas podrán actuar los perjudicados: los ahorristas y el país todo. Aplicar integralmente el sistema jurídico implicaría la devolución de la confianza, y frente a la pregunta sobre que acciones de responsabilidad podrían estar habilitadas, cabría señalar que una triple responsabilidad:

a) la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 *in fine* de la ley de sociedades, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva<sup>29</sup>;

b) la responsabilidad por la existencia del llamado «grupo de jactancia», suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria<sup>30</sup>, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c) la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el

---

<sup>28</sup> Superando una discusión doctrinaria entre actividad ilícita y actividad prohibida por el tipo social, generada particularmente en torno a la banca ilegal. Conf. ntos. «Actividad ilícita de sociedades» en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992, Actas, tomo II, pág. 575; «Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros» en Derecho y Empresa, Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, 1997, N<sup>ros</sup> 7 y 8, Rosario, marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en libro colectivo de nta. coordinación *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1992; «Banca de hecho. Actividad ilícita», Comentario a jurisprudencia «Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario», Buenos Aires, Revista de las Sociedades y Concursos N<sup>o</sup> 7, noviembre-diciembre 2000, febrero de 2001, pág. 29.

<sup>29</sup> Recientemente puede verse Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H), «La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del siglo XXI», en *Doctrina Societaria de Errepar*, setiembre 2001, pág. 249.

<sup>30</sup> Confr. Julio César OTAEGUI, «Grupo societario, desestimación y jactancia» en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar* N<sup>o</sup> 173, abril 2002, pág. 31.

acto ilegal, su importancia y continuidad, que es de público y notorio, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes <sup>31</sup>.

Dentro de esta perspectiva se han realizado y realizan importantes estudios <sup>32</sup> en torno a la responsabilidad de la matriz extranjera por la actuación de las sucursales y filiales locales, y aspectos de su comparencia ante la justicia argentina.

## X. Grupo de jactancia

La manifestación pública de una sociedad de «pertener al grupo X», dentro de nuestro derecho implica una generación de apariencia de unidad, de solvencia unificada, de propiedad de una persona jurídica superior altamente acreditada en el «mercado».

1. Algunos sostienen que el grupo constituye una verdadera modalidad de empresa, lo que es relativizado sin dejar de afirmar su existencia plena en la realidad económica, que a diferencia de las figuras jurídicas que convencionalmente se abocan a la titularidad de una empresa, la asumen como realidad fáctica. El grupo es expresión de una serie de hechos económicos y empresariales <sup>33</sup> e impone determinar si el mero supuesto de hecho del grupo puede servir como supuesto de hecho normativo. Y en tal sentido hemos señalamos la aplicación del sistema jurídico correspondiente, particularmente cuando el propio grupo publicita su existencia, sus integrantes y su acción empresarial, relevando de toda prueba.

---

<sup>31</sup> Confr. nto. *Relaciones de organización...*, pág. 279 y ss..

<sup>32</sup> Rafael MANÓVIL, *Grupos de sociedades*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; Hugo E. ROSSI, «Responsabilidad de la casa matriz por las obligaciones de la filial sustancialmente unipersonal» en *Doctrina Societaria y Concursal de Errepar*, mayo 2002, pág. 103.

<sup>33</sup> José Miguel EMBID IRUJO, «Los grupos de sociedades como problema jurídico» en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 2000, t. XXXIX, pág. 187 y ss..

Tal «grupo» no es persona jurídica dentro de nuestro derecho. No tiene un régimen de imputación independiente. Frente al consumidor de servicios bancarios tal manifestación implica una publicidad engañosa que genera responsabilidad en los términos de la ley de defensa del consumidor. No hay duda que el vínculo contractual banco-ahorrista es atrapado dentro del ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor y del art. 42 de la Constitución Nacional<sup>34</sup>, recalándose el factor confianza por la integración económica con el controlante, pues éste es usado como factor de captación del cliente, supliendo información de solvencia por la publicidad, particularmente por el uso de emblemas, nombre comercial o marca que simboliza o representa una apariencia de respaldo. El capital intangible ha sido hoy cuidadosamente respaldado en legislación exigida por el Fondo Monetario Internacional. Nos referimos a los nuevos arts. 39 y 48 introducidos a la ley 24.522 de concursos y quiebras, por la reciente ley 25.589. Los beneficios que resultan del uso de una marca impone como contrapartida -compartiendo lo que sostiene la doctrina que citamos- la reparación de los daños causados que, como venimos desarrollando en este y anteriores trabajos, supera el enfoque a través del derecho del consumidor. La edición del día miércoles 12 de junio de 2002 del diario La Nación (Sección Economía) nos sorprende con una nota firmada por su corresponsal en España, Silvia Pisani, en la que se informa que una jueza de aquel país acogió -en el sentido de admitir su competencia y dar curso inicial a la petición- una presentación de ahorristas argentinos cuya pretensión consiste en que se declare la responsabilidad del «banco más poderoso de España», esgrimiendo como fundamento «haber publicitado una relación bancaria con la entidad argentina, de la que ahora pretenden -según dicha presentación- desentenderse». El banco argentino habría sido presentado ante la CNV de España como «una de las marcas del grupo...». Se agrega que «la abrumadora publicidad» del banco local «como entidad integrada al grupo... llevó a que miles de ahorristas le confiaran sus depósitos convencidos

---

<sup>34</sup> Confr. Celia WEINGARTEN, «Emergencia económica. Responsabilidad de los grupos económicos y la marca bancaria», La Ley Suplemento 2002, pág. 441 y ss. y de la misma autora *La confianza en el sistema jurídico. Contratos y derecho de daños*, Mendoza, Editorial Cuyo, 2002.

de que los amparaba una entidad española con años de trayectoria y una de las más importantes del mundo».

2. Desde otro punto de vista esa información de pertenencia a alguien, importa imputar a un «sujeto» diferente la propiedad de la sociedad controlada, y la responsabilidad del «grupo». Dentro del sistema societario ello también tiene un reconocimiento legal. La misma se perfila desde la llamada «Sociedad accidental o en participación», en el art. 363 de la ley 19.550 «Conocimiento de la existencia de los socios. Cuando el socio gestor hace conocer los nombres de los socios con su consentimiento, éstos quedan obligados ilimitada y solidariamente hacia los terceros». Es una regla básica, un principio general del derecho, es la apariencia de negociación a favor de alguien, que lo hace responsable. No hace falta la existencia del control torpe, sino en la teoría general de la imputabilidad.

La solución genérica se concreta más en cuanto que la existencia de un «grupo» actuando en todos los negocios va más allá de una mera sociedad accidental. Se está publicitando la existencia de un centro imputativo diferencial, de una sociedad no reconocida -sociedad atípica- o más simplemente de la aseveración de una sociedad de hecho, carente del cumplimiento de todo requisito de forma y registración. Sea de una u otra vertiente, sociedad atípica o sociedad de hecho, solución es la misma pues determinada por el art. 17 de la ley de sociedades la nulidad absoluta de la sociedad atípica, si ésta actuó debe aplicársele *ab initio* el régimen de la sociedad de hecho <sup>35</sup>.

3. Abonando ese enfoque, hemos tenido acceso electrónico al trabajo. ¿Puede atribuirse responsabilidad a las sociedades que integran un «grupo» con fundamento en la «abrumadora publicidad» que muestra a una de ellas integrándolo?, del profesor Oscar Alfredo García, del que seguimos algunas conclusiones sobre esa responsabilidad que sólo alcanza a las sociedades que exteriorizaron su pertenencia al grupo; adjudicándole naturaleza extracontractual, de atribución objetiva, fundándola

---

<sup>35</sup> Confr. nto. «En torno a la nulidad absoluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización (*In connection with the absolute nullity of societies and the legal system of organisation relationships*)» en Azpilcueta, Cuadernos de Derecho 14- 1999 Sessions on Mercosur Law: a Model of Parallel Integration, pág. 95.

en el ordenamiento común y en las normas protectorias del consumidor, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades típicamente societarias, (v.gr., art. 54, 2º párrafo LS, «inoponibilidad de la personalidad jurídica»). No se trata de «desestimar la personalidad», de declararla «inoponible». Muy por el contrario, la personalidad diferenciada no es puesta en crisis: simplemente se valora una causa de atribución de responsabilidad (se prescinde del término «imputación» por la connotación subjetiva que lo subyace) distinta e independiente. La cuestión finca en determinar si este tipo de actuación constituye un factor de adicional para atribuir responsabilidad como consecuencia de determinada conducta. La «causa» de la atribución de responsabilidad arraiga en la introducción de una oferta «en base a la apariencia» y «la aceptación basada en la confianza». La reputación de la empresa puede variar conforme se integre o no a determinado «grupo». Es la exposición pública de la inserción de determinada sociedad en el seno de un «grupo», con el fin de posicionar a ésta, aparentar solvencia y respaldo y, a partir de allí, generar confianza en la contratación, influyendo de ese modo en el proceso de toma de decisiones de otro agente del mercado, de los usuarios y consumidores. Es por esta razón que en la pasada década se publicitó a sociedades que actuaban en el mercado local como perteneciendo o integrando «grupos» individualizados, con el objeto de mejorar su posicionamiento, demostrar solvencia patrimonial y técnica y «las bondades fundamentales de los capitales foráneos (que) radicaban, entre otras, en su poder de garantía... El poderío patrimonial y la solvencia de las casas matrices eran la piedra de toque de esa seguridad que se ofrecía y que era tanto mayor porque se generaba fuera de nuestras fronteras». En este sentido, el grupo de pertenencia aparece como una verdadera «marca» y la experiencia enseña que es más que frecuente que los productos o servicios sean identificados por una marca, con el apoyo de otra que se utiliza como matriz o referente. Se tiene dicho que cuando la influencia de la dominante «es conocida, cuando tiene estado público y el tercero contrata con la sociedad dependiente, por esa causa puede confiar en su influencia», en la medida que «...*el tercero razonablemente las interprete como suficientes para confiar, ya sea en la solvencia de la sociedad con la que contrata, ya sea en el respaldo o en la responsabilidad del grupo*»<sup>36</sup>. Las sociedades que prestaron

---

<sup>36</sup> Rafael Mariano MANÓVIL *Grupo de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 723, punto d), y siguiente, especialmente nota

su nombre para generar la apariencia de «solvencia» y «respaldo» deberán responder por los pasivos de la incumpliente, a pesar de la personalidad jurídica diferenciada. Recuerda el autor que en ese orden de ideas se ha señalado, con absoluta claridad que, «*cuando una sociedad dominante se presenta frente al tercero que realiza negocios con la sociedad subsidiaria como si garantizase las obligaciones de ésta última, y el tercero confía en esta situación en su detrimento*», la dominante «*se ve imposibilitada (estoppel) de alegar la separación entre ambas*»<sup>37</sup> En países que poseen una vasta tradición jurídica la personalidad diferenciada no constituye obstáculo alguno para responsabilizar a los controlantes (casas matrices) y condenarlos al resarcimiento de los perjuicios causados. Más allá de tratarse de supuestos distintos en orden a los hechos generadores de responsabilidad, se ha señalado que «Las grandes catástrofes internacionales en materia de contaminación o de responsabilidad de los fabricantes muestran como acusados a los poderosos holdings industriales, mientras que el análisis muestra que los accidentes generadores de daños considerables son ocasionados frecuentemente en filiales jurídicamente distintas, situadas en países extranjeros. Ahora bien, a pesar de la personalidad distinta de las filiales autoras de los daños, generalmente ha sido sostenida la responsabilidad de las sociedades madres. Citemos a título de ejemplo, el accidente de Seveso en Italia, en julio de 1976, en el cual la emisión de dioxina contaminó 1.800 hectáreas, afectó a más de 37.000 personas de las cuales 735 fueron evacuadas y 197 sufrieron erupciones cutáneas, aunque sin causar ningún deceso: los daños a terceros (indemnización a personas, empresas, comunidades de la región de Lombardía) han costado más de trescientos millones de francos suizos a la firma Hoffman-Laroche, sociedad madre suiza. Señalamos la catástrofe ejemplar de Amoco-Cádiz en 1978 a lo largo de las costas de Bretaña: más allá del armador liberiano, de los pabellones de complacencia y de las filiales pantalla, el juez Franck McGarr, el 19 de

---

Nº 523 en pág. 724, cuya íntegra lectura se impone para tener una visión más acabada del problema.

<sup>37</sup> Carmen BOLDÓ RODA, «Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español», Revista de Derecho de Sociedades, Colección Monografías, Pamplona, España, Aranzadi, 1996, pág. 166.

abril de 1984, decidió la responsabilidad de la Standard-Oil de Indiana» (Ivonne LAMBERT-FAIVRE, «La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización», en *Derecho de daños*, Atilio A. ALTERINI y Rober M. LÓPEZ CABANA, Buenos Aires, La Ley, 1992, pág. XXVIII, punto ß, traducción de Eliana A. Núñez del artículo publicado en *Revue trimestrielle de droit civil*, París, 1987-I-1). En el derecho anglosajón el hecho aparentado resulta verdadero y quien dio lugar a la apariencia, al no poder negarlo, deberá contentarse con ver probado ese hecho aparentado, aun cuando no hubiera sido real. Desde la óptica de aquel que pretende alegar que esa apariencia no se corresponde con la realidad, se ve impedido de hacerlo, aun cuando el hecho resulte relevante a los fines de la decisión final del juicio, en la medida que se convierte en una prueba inadmisibile dentro del proceso. En el análisis que nos ocupa, la personalidad diferenciada de los sujetos no constituirá un hecho cuya prueba se admita (*estoppel*) como defensa para contradecir una apariencia que resulta de una conducta propia (*estoppel by conduct*). Se «genera la prohibición de alegar o negar ciertos hechos en razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación. En el caso inglés de «Pickard v. Sears» se estableció que el *estoppel* puede ser utilizado siempre que una parte por medio de sus dichos o su conducta haya motivado voluntariamente a otra para creer en la existencia de cierto estado de cosas y le haya inducido a actuar sobre tal base»<sup>38</sup>. Soluciones similares se encuentran, profusamente, en el derecho americano. Debe computarse además que la tendencia actual en el derecho continental europeo, si bien tiende a convalidar la actuación grupal<sup>39</sup>, impone a la dominante, bajo determinadas circunstancias, graves responsabilidades con relación a la socie-

---

<sup>38</sup> Las citas corresponden al Capítulo IX, pág. 265 y ss. de la obra del Prof. Juan M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

<sup>39</sup> Así resulta de las recomendaciones del «Forum Europaem para un Derecho de Grupos», «Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa», *Revista de Derecho Mercantil*, N° 232, abril/junio, 1999. Ver comentario al respecto del Prof. Rafael Mariano MANÓVIL, «La adopción de la doctrina Rozenblum y otras propuestas del Forum Europaem sobre derecho de grupos», en *Derechos patrimoniales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pág. 909 y ss., libros en Homenaje a Efraín Hugo Richard.

dad controlada, socios externos al grupo de control y, en lo que aquí interesa, frente a terceros <sup>40</sup>.

## XI. La actividad ilícita

La pertenencia a un grupo económico no da, *per se*, lugar a la aplicación del art. 54-3 LS sobre la matriz porque la estructuración de un grupo societario es un negocio jurídico lícito, como siempre bien marca Julio César Otaegui. Ello no implica actividad ilícita, incluso la sociedad holding esta permitida por el art. 31 L.S. <sup>41</sup>.

La matriz responderá por la actuación de la filial conforme a la LS, art. 54-3, de incurrir en los ilícitos de simulación ilícita, abuso de derecho o fraude, tal como podría ser la conexidad con su controlante para transferir depósitos bancarios del país al extranjero incumpliendo la normativa legal.

Corresponde la aplicación del art. 19 L.S. al *doing business indirecto*, que de por sí constituye una actividad ilícita pues se trata de actos concatenados para violar la normativa argentina sobre entidades financieras, aunque se probare que también realiza actividades lícitas. No es necesario que todas las actividades de una sociedad sean ilícitas para que se aplique la normativa del art. 19 L.S. <sup>42</sup>. El mero «acto

---

<sup>40</sup> En Alemania mediante la compensación de las pérdidas propias del grupo contractual (§302 párrafo 1 AktG), en Francia por medio de la *actino en comblement du passif*, que también puede dirigirse contra el *dirigeant de fait*, en Inglaterra mediante el *wrongful trading* de la sociedad madre como *shadow director* y en Austria recurriendo a la Doctrina EUMIG. (vid. «Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa», Revista de Derecho Mercantil, N° 232, abril/junio, 1999, págs. 477/478).

<sup>41</sup> Es un supuesto de excepción, sin perjuicio de la apreciación que corresponda a la constitución de una sociedad no operativa, para encubrir actividades en fraude a la ley, tema afrontado por Laura FILIPPI, «Presupuestos de aplicación de la inoponibilidad de la personalidad: la sociedad sin empresa» en Libro Revista de Doctrina N° 5, del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2001; Premios Concursos Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; *Derecho Societario* Buenos Aires, 2002, pág. 207.

<sup>42</sup> Confr. nto. «Sociedad con actividad no autorizada...» en *Anomalías societarias* cit..

ilícito» no es suficiente para que se produzcan los efectos fijados por dicha norma, pero una concatenación de actos ilícitos, la mera organización para realizarlos aunque sólo pueda probarse la realización de un acto, impone la sanción prevista.

Como bien me ha señalado Julio César Otaegui en sus colaboraciones personales, aunque se considere que no configura una «actividad», igualmente cada acto aislado es un delito civil (art. 1072 C.C.), imputable a la matriz haya sido cometido en una sucursal o representación (art. 43 C.C.) o en una filial con la imprescindible coparticipación de la matriz (art. 1081 C.C.). Y de ello siempre resulta responsabilidad, incluso de los efectos dañosos remotos, como sería el daño infligido a la masa de ahorristas que -por esa fuga organizada de capitales- vieron frustrada su expectativa al adoptar tardíamente el gobierno nacional las medidas restrictivas.

Las declaraciones que formaliza el jefe de Gobierno español, José María Aznar <sup>43</sup> en El País del 4 de mayo, sobre que nada obliga a los bancos españoles a mantenerse en el país, resultan un claro mensaje de corte jurídico: se acepta el total control de esos bancos españoles sobre las sociedades controladas argentinas y sobre las representaciones de bancos que actúan en el país, sin integrar el sistema financiero argentino pero compitiendo deslealmente (*doing business*). Es correcto que un jefe de Estado defienda sus inversiones, como lo hace el de España, pero sería incongruente que con la misma vehemencia el jefe de Estado argentino resguarde al sistema financiero nacional, al ahorro nacional como herramienta de desarrollo y los intereses de los ahorristas argentinos. Esto no sería sino asegurar ante el mundo que la República Argentina es un Estado de derecho.

El control, si es abusivo, es fuente de imputabilidad y de responsabilidad, y máxime si media actividad ilícita, o meros actos ilícitos, pues se acentúa aquella responsabilidad si se ha violado el sistema jurídico financiero argentino, tanto como para hacerlo inviable. Esto debe investigarse rápidamente, conforme el compromiso del presidente

---

<sup>43</sup> La Rev. Noticias, en la nota comentada del 4 de mayo, a pág. 26 señala que el Santander siempre «tuvo buenas relaciones» con los jefes de gobierno españoles.

Duhalde de devolver los depósitos en dólares y determinar los responsables de la crisis financiera.

## **XII. Incertidumbre del mercado financiero mundial**

La fuga de capitales de la República Argentina, cuyas causas son múltiples aunque auspiciadas por el sistema bancario ilícito que funcionó y funciona en el país, es contemporánea a la especulación financiera mundial que hemos comentado al referirnos a la mundialización financiera <sup>44</sup>.

Día a día se producen en el mundo, y se descubren, maniobras contables o en los informes de consultas de alta reputación, de las que resulta que se simulaban valores patrimoniales para engañar a inversores o se aconsejaron a éstos deslealmente para cobrar comisiones como intermediarios en la colocación de emisiones de títulos.

Es un axioma olvidado que lo financiero es accesorio de lo productivo, que es lo único que genera riqueza. Lo financiero, falsamente, ha pasado a generar réditos por sí mismo, que no es sino el traslado de riqueza de una mano a otra, en una suerte de juego de azar pues no hay nueva riqueza. Los productos financieros derivados, las opciones, las operaciones a término con liquidaciones por diferencias y no con la entrega de los bienes, son diversas formas de la especulación financiera que se desploman periódicamente cuando no se puede «inflar» más un determinado negocio o el mantenimiento de una determinada empresa. Los préstamos a estados, en exceso como hemos comentado, agravan el panorama y llevan a hacer pensar en una legislación concursal internacional para estados soberanos para acotar el riesgo.

Los economistas serios anticipan un desplome generalizado de esas inversiones que pueden conmover los mercados internacionales, como ya lo han hecho más limitadamente en diversas crisis en los últimos siete años.

---

<sup>44</sup> Confr. libro colectivo *La mundialización financiera* que reseñamos en el artículo «La crisis argentina y la mundialización financiera», E.D. del 6/3/02 cit..

Parecería que sólo el 14 % del mercado financiero cumple su rol de financiamiento de la producción, por lo que el restante es altamente vulnerable y volátil. La cuestión se complica aún más cuando se advierte que un trillón de dólares transita diariamente por medios cibernéticos, de difícil probanza ante manipulaciones de piratas, máxime si éstas son alentadas por los mismos que realizaron las maniobras señaladas precedentemente.

El panorama no es auspicioso por esa desviación de la especulación financiera, que debería volver a sus fuentes de alentar la creación real de riqueza apoyando la producción.

### **XIII. El presente y el futuro**

De acreditarse la ilegalidad que resultaría de lo que es de público y notorio, sus autores deben ser puestos de resalto ante la opinión pública local y extranjera, *denunciándolos en los foros internacionales correspondientes*. Anne Kruegger, vicedirectora del F.M.I. en el artículo «¿Pueden los países declararse en quiebra?» (La Voz del Interior, 17/2/02, Sec. E, pág. 4) fija el criterio que «*Los países deben honrar sus deudas y sufrir cuando no es así*». Pero, sería muy distinto si la falta de recursos financieros resultara de una actuación ilegítima de entidades financieras, máxime ante el requerimiento del F.M.I. de derogación de la legislación sobre subversión económica, pues ese requerimiento podría ser censurable si el propósito fuere despenalizar la aún no investigada actuación de las representaciones locales de bancos extranjeros y de sus sociedades argentinas controladas, y a la que creímos hacía referencia el Sr. Presidente de la Nación Dr. Eduardo Duhalde en las palabras de asunción que recordamos al inicio de esta comunicación.

Se sostiene que «La premisa de solución consiste en considerar que el default externo de la Nación sólo podrá ser superado cuando se resuelva previamente el propio default interno con una reactivación plena de la economía; y para ello, es menester en primer lugar, derogar la bancarización obligatoria, que se erige como un cepo asfixiante para el

tráfico patrimonial»<sup>45</sup>, y si bien coincidimos en el orden de solución de los problemas, entendemos que ello debe partir de ejercer las acciones de responsabilidad contra quienes generaron la crisis, como indirectamente señala el mismo autor al referirse al sentimiento de impunidad patrimonial de esos responsables, remitiendo a nota donde nos cita en el recordatorio a Roberto Guttman «... una vez que los bancos comprenden que podrán contar con ayuda del Estado en caso de quiebra, pueden verse tentados a llevar a cabo estrategias aún más riesgosas. Si estas estrategias funcionan bien, los rendimientos son elevados, pero si no ocurre así, las pérdidas pueden ser transferidas a otros»<sup>46</sup>.

Las representaciones de bancos extranjeros, que han operado como *banca off shore*, sin duda, seguirán manejando los ahorros sustraídos a la economía del país desde Uruguay, y con tal ilegal operatoria -tanto en una calificación nacional como del derecho comparado-, intentarán convencer en la innecesariedad de un Banco Central de la República Argentina, en la liberalización de la actividad bancaria y hasta quizá en la necesidad de renegar de nuestra divisa. Ejercer acciones de responsabilidad, en forma seria y consecuente con una investigación sólida, es enfrentar el problema estructural y no caer en los lógicos enredos de los efectos coyunturales que deberían ser resueltos por quienes generaron el caos financiero que impide el ahorro interno, descalifica a nuestra banca, y elimina el apoyo crediticio a la actividad productiva y exportadora, única fuente real de ingresos fiscales para sostener al Estado y honrar nuestras deudas.

A la postre es un problema de seguridad jurídica la plena vigencia y aplicación inmediata del sistema jurídico, única forma de restablecer la confianza y nuestra vocación de vivir en el derecho. Sólo así se podrá pensar en la reconstrucción del sistema bancario previsto por nuestra

---

<sup>45</sup> Luis A. PORCELLI, «Raíces normativas de la crisis monetaria y financiera», L.L. viernes 24/5/02, el mismo día que poníamos en pantalla nuestro artículo para Diario Judicial sobre «Responsabilidad de los bancos».

<sup>46</sup> Del Capítulo 3 titulado «Las motivaciones del capital financiero del libro colectivo *La mundialización financiera* que reseñamos en artículo «La crisis argentina y la mundialización financiera», E.D. del 6/3/02 cit..

legislación, que no se diferencia de las restantes del llamado primer mundo. No podemos aceptar estar regidos por sistemas que corresponden a peñascos turísticos que no tienen actividad productiva apuntalada por su sistema financiero, eso sería renunciar a nuestra identidad.

# LA «MEDIA PALABRA» PRESIDENCIAL PARA LA GOBERNACIÓN DE CÓRDOBA

por PEDRO J. FRÍAS \*

**SUMARIO:** Resumen. 1. El presidencialismo y la «media palabra». 2. La carta de Roca. 3. La carta del presidente Figueroa Alcorta. 4. Conclusión.

## Resumen

En 1900 y en 1909 los presidentes Roca y Figueroa Alcorta, en cartas dirigidas a amigos personales, enuncian la «*media palabra*» para la gobernación de Córdoba. El presidente Roca propone al Dr. José Manuel Álvarez como gobernador y a Nicolás Berrotarán como vice. Figueroa Alcorta a Félix T. Garzón y a Vidal Peña. Los propuestos fueron elegidos. Era una intervención autorizada por el estilo en que la Argentina vivió su presidencialismo. Atenuaba las tensiones de la *interna* de los partidos, pero no se proyectaba en los comicios públicos. Por una alteración del resultado comicial (fraude). Pero sin duda, disminuía la autonomía política de las provincias.

## 1. El presidencialismo y la «media palabra»

El presidente de la Nación Eduardo Duhalde ha propuesto una reforma constitucional que podría cambiar el régimen presidencial para ins-

---

\* Presidente honorario de la Academia. Conferencia pronunciada en sesión privada el 23 de julio de 2002.

calar un régimen parlamentario. Lo más probable es una atenuación del sistema actual, porque el parlamentarismo puro está en declinación.

Tal como la Argentina ha vivido el presidencialismo, se supone que el poder se concentra en el presidente y en su entorno de confianza. Esa decisión del Ejecutivo, si se obedece, atenúa los conflictos y ordena el proceso político. A la vez, se presta a la arbitrariedad y disminuye la participación.

La «*media palabra*» del gobernante para la selección de candidaturas ha sido una de las manifestaciones del presidencialismo argentino. Antes era más abierta y no se temía tanto la insubordinación. Ahora se oculta en acuerdos de cúpula, frecuentes en los partidos y en los gobiernos.

El presidencialismo estuvo ligado a la gobernabilidad del sistema político, hoy amenazado por el vacío a causa de la ruptura del pacto de confianza entre la ciudadanía y los gobernantes. Pero en Occidente, la gobernabilidad está en transición. Ahora es más bien la interacción entre órganos gubernamentales y no gubernamentales para una acción mixta, pública y privada. Que esto vaya siendo así hace menos útil el sistema presidencialista y permite pensar en su corrección.

## 2. La carta de Roca

Veamos ahora las cartas, cuya copia se agrega en apéndice. La de Roca está dirigida a Carlos Frías en 1900. Frías es referente del Partido Autonomista Nacional (PAN) en el norte de Córdoba. Fue jefe político del departamento Totoral y jefe de policía de la provincia. Le ha propuesto como candidato a un primo hermano suyo y de la mujer de Roca, propietario de la estancia Maza, y descollante pero reposada personalidad de Córdoba. En el primer párrafo, Roca hace su elogio pero pasa a indicar a una personalidad distinta.

La «*media palabra*» se expresa así:

«La candidatura del Dr. Álvarez es la que encontrará menos resistencia en las filas de los amigos y tendrá el asentimiento de la opinión sensata de Córdoba... He creído con muchos amigos importantes de aquí y de ésa, que a una candidatura tan genuinamente del partido nacional

debía unírsele para el vice a un hombre de respeto, autoridad personal, competencia y estimación social como lo es el Dr. Berrotarán».

A continuación, el presidente Roca advierte a los que oponen resistencia que serán los más perjudicados. Propone como vicegobemador al Dr. Nicolás Berrotarán, destacado catedrático de la Universidad, a quien había expulsado durante su primera presidencia por un conflicto religioso. Ahora, en la segunda presidencia, trata de corregir cierto exceso liberal de la primera y califica a Berrotarán como «*un hombre de respeto, autoridad personal, competencia y estimación social*». Lo era.

Roca entiende que ha propuesto «la mejor fórmula». José Manuel Álvarez concilió con la política su vocación científica. Fue gobernador y trece años diputado nacional, pero fue fundador de la cátedra de higiene y precursor de los ambientalistas científicos, como lo demuestra su libro *La lucha por la salud*, editado hace ya más de un siglo. Berrotarán lo complementaba con las calidades que Roca le atribuía con verdad. Su fórmula fue elegida y gobernó a Córdoba.

### 3. La carta del presidente Figueroa Alcorta

El presidente Figueroa Alcorta escribe el 3 de octubre de 1909 a sus amigos Dermidio de Olmos y Miguel Amuchástegui una carta muy extensa. Es reveladora, no sólo del estilo de su ejercicio de la autoridad, sino de un lenguaje rico en matices.

Los dos primeros párrafos explican que la carta sea dirigida conjuntamente a sus dos amigos. A continuación, se empeña en justificar su intervención, fundada en «*las tendencias antagónicas que están latentes en el organismo todavía un tanto informe de la Unión Provincial*» (partido que lo sostenía). Y era así.

Su «*media palabra*» se expresa en un largo párrafo en que traza la semblanza del futuro gobernador. Repásese bien lo que escribe, porque es una excelente identificación de quienes asumen responsabilidades públicas. Dice así:

«Pensé, me parece que no del todo fuera de la lógica de las circunstancias, que el candidato debía ser un ciudadano honorable, discreto, ecuá-

nime, prudente, con posición social en aquel centro, con posición política en el partido triunfante, que no significara una amenaza para nadie, y que al contrario fuera una garantía para todos, que tuviera alguna experiencia de los asuntos políticos y administrativos de la Provincia, y constituyera a la vez un exponente de su cultura tradicional, algo en fin, que si no corresponde al ideal imposible, se aproxime dentro de nuestros medios a lo que directamente tenemos el derecho y el deber de aspirar para no pedir gollerías ni defraudar legítimos anhelos. Y bien, dentro de este marco creo que no está del todo mal el Dr. Félix T. Garzón, a quien he indicado como el posible primer término de la fórmula y respecto de quien creo de mi deber mantener mi opinión favorable mientras no se me demuestre que estoy equivocado. No temo una contradicción fundada cuando afirmo que el Dr. Garzón es un hombre honesto, equilibrado y manso, a quien le faltarán excesos de energía, pero que tendrá siempre conciencia de su deber y su derecho, y noción moral exacta de su dignidad de hombre y de funcionario. Tiene elevada posición social por su familia, sus antecedentes y su misma actuación al frente del centro social más importante de Córdoba; es un universitario, profesor de derecho y académico, ha ocupado elevados cargos públicos -Vicegobernador de la provincia, Ministro, Diputado, Intendente Municipal, Juez en lo civil, etc., etc., presidiendo instituciones como la Sociedad Rural y ocupando entre sus correligionarios el cargo de Vicepresidente de su Partido. ¿Qué más? ¿No ha descollado en esas posiciones? Si así fuera, tampoco pudiéramos decir que se haya mostrado indigno de ellas por algún concepto. Además -y esto no puede ser indiferente entre nosotros- éste no es hombre de logias ni de cofradías, actúa en el justo medio de las ideas sanas de tolerancia recíproca, que es donde reside sin duda la verdad en todos los órdenes de la vida».

Explica después las resistencias a Garzón por las características de un partido incipiente y porque las tendría también Jesucristo si fuera candidato...

Hacia el final indica al Dr. Vidal Peña como vicegobernador y hace su elogio. Para concluir le asegura que esa «*media palabra*» no es fruto de su intentado «*predominio personal*». He aquí el párrafo:

«*También puede ofrecer el inconveniente para algunos, de que es decidido amigo mío y de que yo tengo por él la más afectuosa*

*simpatía; pero a este respecto deseo que ustedes lleven la tranquilidad a los espíritus suspicaces que se mortifican por el temor de mi predominio personal en ésta, asegurándoles que no sólo eso no es cierto, sino que yo no seré un obstáculo para nadie allí, porque yo no quiero nada de Córdoba ni de ninguna parte; y en aquel accidentado proceso político a que han llevado a la Provincia los lamentables errores del gobierno caído, sólo aspiro a contribuir desde mi posición a que se establezca una situación moral y materialmente capaz de regir con eficacia tantos y tan grandes y tan queridos intereses».*

#### **4. Conclusión**

La «*media palabra*» del presidente Roca desnuda su autoridad. Es conclusiva, más que persuasiva. En cambio, el presidente Figueroa Alcorta trata de justificar, casi como una excepción, la manifestación de sus preferencias. En cualquier caso, la «*media palabra*» es una intervención del liderazgo presidencial en el sistema representativo, en cuanto funciona en la vida interna de los partidos. El fraude, en cambio, opera en los comicios públicos.



# EL DOCTOR DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD EN SU PROFESIÓN DE ABOGADO. UNA DEFENSA PENAL

por HUMBERTO VÁZQUEZ \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El caso: causa criminal contra don Esteban y José María Yáñez sobre homicidio y sus medios probatorios. III. Desarrollo de la argumentación.

## I. Introducción

Allá por el año 1978, como un aporte de la escuela romanista de Córdoba al III Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, que tuvo lugar en Jalapa, México, los profesores cordobeses inauguramos una investigación en los escritos judiciales del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, ponderando su versación romanista.

Juntamente con el Dr. Juan Carlos Ghirardi, a la sazón profesor adjunto de Derecho Romano y la Dra. María Luisa Rolfo, en ese entonces auxiliar docente, ambos integrantes de la Cátedra de Derecho Romano y hoy profesores titulares, compusimos un ensayo que lleva por título «Tres escritos judiciales del Dr. Vélez Sársfield -su versación romanista-»<sup>1</sup>.

Decíamos entonces: *«Nos ha maravillado la riqueza de doctrina romanista expuesta en sus alegatos y contestaciones judicia-*

---

\* Exposición del académico de número, Dr. Humberto Vázquez, en la sesión plenaria del 6 de agosto de 2002.

<sup>1</sup> Que publicamos en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1978, ensayo que fuera reeditado por la Universidad de Sassari -Italia-, en *Studi Ssassaresi*, Milán, Giuffré Editore, 1981.

*les; la profusión de las citas de las fuentes romanas, en especial del Corpus Iuris Civilis, con su transcripción en lengua latina, analizadas al par, y correlacionadas, a partir de una lógica penetrante y de una claridad meridiana».*

Agregábamos que «*la figura de Vélez Sársfield en este aspecto de su vida profesional de abogado, está todavía en un cono de sombras*». Digo yo, hoy, que salvo la hermosa y bien documentada conferencia del Dr. Enrique V. Galli, en 1950<sup>2</sup> y los recientes trabajos de investigación de nuestro académico correspondiente en La Plata, el Dr. Horacio D. Piombo, no ha sido estudiado ese importante perfil de la actuación del Dr. Vélez Sársfield.

Yo abordo esta noche el comentario de un alegato muy singular; porque siendo Vélez un experto inigualado en derecho civil, lo vamos a glosar en una defensa penal.

Eluce en ella, como en todos sus alegatos, una lógica férrea, una gradación de argumentos arrolladora y, para nuestro orgullo, un conocimiento extraordinario del derecho romano, con cuyos textos jalona, a manera de síntesis, sucesivas argumentaciones. Lo admiramos en este alegato por la justicia de una causa prácticamente perdida y extraña a su especialidad civilista.

Pensemos que a la sazón contaba con treinta y cinco jóvenes años y estaba escribiendo ya, al mismo tiempo, sus anotaciones y agregados a las *Instituciones de Derecho Real de España* del abogado guatemalteco Dr. José María Álvarez; y las concordancias a los *Elementa y Recitations in elementa iuris civilis* del romanista holandés Juan Teófilo Heineccio, uniendo y comparando el derecho español, el derecho canónico y el incipiente derecho patrio, con el derecho romano. Toda una hazaña a esa edad y en ese tiempo.

En este «*informe in voce*» del Dr. Vélez Sársfield, en la causa seguida contra Esteban y José María Yáñez, acusados de homicidio, nuestro asiduo colaborador, el Dr. Horacio D. Piombo, investigador de la

---

<sup>2</sup> Enrique V. GALLI, conferencia pronunciada el 26 de septiembre de 1950 por el entonces presidente del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en razón de conmemorarse ciento cincuenta años del nacimiento del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield. Por gentileza del colega académico, Dr. Luis Moisset de Espanés, pude anoticiarme de ella.

actividad pública y oficial del Dr. Vélez Sársfield en la provincia de Buenos Aires, nos cuenta que el maestro Dr. Tomás Jofré, insigne penalista y procesalista, autor del Código de Procedimiento Penal para Buenos Aires y San Luis, al publicar en 1915 ese código, agrega este «informe *in voce*» del Dr. Vélez Sársfield, porque -dice Jofré-, «... *se trata de un verdadero estudio sobre presunciones y al mismo tiempo es un modelo de arenga jurídica*».

## **II. El caso: causa criminal contra don Esteban y José María Yáñez sobre homicidio y sus medios probatorios**

Ordenado y meticoloso, Vélez Sársfield iba relacionando y transcribiendo en grueso volumen aquellos escritos jurídicos que entendía relevantes, en los que había puesto su alma al par de su pluma o su palabra.

Entre tales se encuentra éste, que fue impreso en esa época bajo el título: «*Informe en la defensa de Esteban y José María Yáñez acusados de homicidio, pronunciado en la Excma. Cámara de Justicia, en la revisión en discordia de la causa, por Dalmacio Vélez, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1835*».

Cuando Vélez Sársfield al publicar el informe lo entendía necesario, confeccionaba un breve resumen, precedente de nuestra «radiografía», que precedía al escrito jurídico. Así sucedió en este caso y, por ello, lo transcribimos textualmente:

*«El Dr. Valentín Alsina defendía estos reos. En primera instancia habían sido condenados a muerte. Llevada la causa en apelación a la Cámara, fueron condenados a ocho años de destierro. Suplicada la sentencia por el acusador y los acusados, el Tribunal en número de seis jueces estuvo en discordia, tres por la libertad y tres por la pena de muerte. La Cámara llamó entonces a mayor número de jueces. En estos momentos, el Dr. Alsina, obligado a salir del país rápidamente, me encomendó la defensa de los reos. Yo pronuncié en la Cámara el siguiente informe y obtuve la libertad de los acusados»*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> El Dr. Alsina había entregado a Vélez Sársfield la dirección de su estudio. En él se atendían muchos asuntos valiosos y de gran importancia, pero aquél no le hizo

Completamos nosotros la «radiografía».

Los Yáñez, padre e hijo, tienen un rancho, según deducimos del informe, en la zona rural de Dolores, en la provincia de Buenos Aires. Me viene a la memoria aquí, el famoso matorral de «Los Talas», una suerte de estancia pobre, según cuenta José Luis Lanuza, que era propiedad de Esteban Echeverría <sup>4</sup>.

Juan María Gutiérrez, el fraternal amigo del Dr. Juan Bautista Alberdi, al igual que de Echeverría, nos ha dejado una pintoresca descripción de «Los Talas» que rememoro aquí, al solo efecto de enmarcar el «caso» y sus protagonistas: *«Unos ranchos de aspecto triste. Un monte enmarañado de talas espinosos y de ‘tunas de España’, también espinosas de esas de hojas de forma de raqueta, que contribuían a dar al extenso matorral un aspecto sombrío. Algunas zanjas profundas con parapetos apisonados, recordaban que ese establecimiento había estado en zona fronteriza, donde no eran imposibles los malones de indios o los ataques de cristianos ladrones. Los peones podrían contar historias de salvajes, de tropeles de pampas que se venían como un nubarrón desde el desierto, historias de entreveros y de cautivas. Por el matorral se arrullaban las palomas torcazas, pero también se paseaban, con aire de fieras y ojos fosforescentes en la noche, numerosos gatos monteses...»*.

También recuerdo a este respecto (siempre enmarcando el caso) los cálidos versos del cantautor uruguayo Dn. Enrique Larraide: *«Galpón de ayer, olor a cuero, cuchillo fiero, pilchaje pobre, cardo y gramilla de las orillas del tiempo aquel...»*.

Los Yáñez (me parecen unos criollazos) tienen allí su ganado; atienden también algunos animales de don Antonio Ureta, supuestamente vecino de Dolores.

El hijo de éste, un joven de veinte años, ha llegado al rancho y pasa algunos días gozando de la cordialidad campestre de los amigos de su

---

recomendación alguna sobre ninguna de ellos; toda su solicitud y su cuidado se dirigieron a interesar al nuevo defensor en la causa de los Yáñez, por la que tanto se había desvelado.

<sup>4</sup> José Luis LANUZA, *Esteban Echeverría y sus amigos*, Buenos Aires, Raigal, 1951.

padre, para conocer la marcha de sus intereses. Improvístamente desaparece en su caballo gateado. Ese día los Yáñez han pasado la noche en un baile hasta el amanecer; típico baile de campo que no termina hasta que aclara el día. De vuelta al rancho, comen algo a eso de las once y se retiran a dormir una larga siesta.

Cuando despiertan, no está en la casa el joven Ureta ni su caballo; presumen que anda por el rancho, acaso en lo de Baroca (otro vecino) donde supo pasar unos días antes. Pero tampoco al día siguiente vuelve el joven Ureta y desde entonces salen los Yáñez y sus amigos a buscarle por todo el pago; no encontrándole denuncian su desaparición al comisario de Dolores.

La primera medida policial fue poner presos a los denunciados, los Yáñez, padre e hijo. ¡Todavía hoy así suele proceder la policía!

El cadáver del joven Ureta fue encontrado unos seis meses más tarde, en una arboleda, a ocho cuerdas largas del rancho de los Yáñez, depredado por los animales.

El juez de primera instancia condenó a padre e hijo, como presuntos autores del homicidio del joven Ureta. Apelada la causa, la Cámara revocó la sentencia de muerte y les aplicó ocho años de destierro.

Tanto el acusador como los acusados suplicaron la sentencia y el Tribunal, en número de seis jueces falló en esta forma: tres jueces por la absolución, es decir, por la libertad y los otros tres por la condena a muerte.

Para dirimir el pleito, entonces, se llamó a integrar la Cámara con un mayor número de jueces. Ante ella alegó Vélez Sársfield con este escrito. Los Yáñez fueron declarados inocentes y recuperaron la libertad.

### **III. Desarrollo de la argumentación**

Comienza Vélez con un exordio, a la manera de los oradores clásicos. Y dice, con tono subido, pausado y convincente: *«En los momentos críticos en que nuevos jueces van a resolver sobre la vida o la muerte de estos pobres reos, les falta a los acusados el hábil y empeñoso abogado que les defendía. Yo, convencido íntimamente de su inocencia, voy a tratar de inclinar a su favor la balanza de la justicia. Cuento en este empeño con todo el poder de las leyes; cuento con la humanidad de los señores jueces y con la filantrópica historia de*

*este Tribunal, de donde no ha salido condenado ningún hombre, al parecer inocente».*

Vélez Sársfield es un lógico implacable y va amontonando argumentos en orden progresivo, despejando el camino hacia la inocencia y libertad de sus defendidos.

Nuestra pesquisa los sigue paso a paso y los expone en este orden, siguiendo el hilo discursivo del defensor.

1°) *Falta el corpus delicti.*

El comisario inicia la instrucción sumarial y lo primero que hace es disponer la prisión de los Yáñez. ¿Por qué?, se pregunta Vélez... ¿Qué delito se ha cometido...? Falta el principio de la causa, porque no hay *corpus delicti*.

En efecto, prosigue Vélez Sársfield, aunque se podía aprisionar a los hombres por leves conjeturas, se exigía ante todo la constancia de haberse cometido un crimen. Pero en esta causa, desde el principio *se presume* que el joven Ureta ha sido muerto y que los Yáñez fueron los matadores.

La averiguación del delito es primero que la averiguación del delincuente, dice Vélez Sársfield y cita de inmediato un pasaje del *Digesto*, sin mencionar el parágrafo y que corresponde al Libro 29, Título 5, sobre senadoconsultos Silaniano y Claudiano, fragmento I, parágrafo 24, que pertenece al jurisconsulto Ulpiano:

D.29.5.1.24.: «*Item illud sciendum est nisi constet aliquem esse occisum non haberi de familia quaestionem: liquere igitur debet, scelere interemptum ut senatusconsulto locus sit*».

D.29.5.1.24.: «*También ha de saberse que, salvo que constare que alguien fue asesinado, no deben los esclavos ser sometidos a interrogatorio, pues para que se aplique el senadoconsulto debe estar claro que alguien fue víctima de un crimen*».

El juez de primera instancia, prosigue Vélez Sársfield, no debió recibir un sumario y mandar a la cárcel a los procesados, cuando en él no constaba que tal determinado delito se había cometido. Y cita fragmentariamente un texto latino que ratifica lo dicho: «... *occisum esse hominem a quocumque oportet*». «*Es necesario*», yo traduzco, Vélez no lo hizo, «*que un hombre hubiese muerto por alguien*».

El Dr. Vélez Sársfield hace una cita fragmentaria. El texto completo corresponde al *Digesto*, Libro 9, Título 2 sobre la Ley Aquilia, fragmento 23, parágrafo 11 del jurisconsulto Ulpiano, D.9.2.23.11.

2º) *Apareció el cadáver del joven Ureta, pero ello no implica el corpus delicti.*

El tiempo de seis meses ha encubierto las señales del crimen o los vestigios tal vez de otro incidente. No quedan sino restos informes. Se pregunta Vélez, ¿se ha probado con esto el cuerpo del delito...? En manera alguna, se contesta: «*No basta ver a un hombre muerto para concluir luego que alguien lo mató. Es preciso que en el cadáver se encuentren señales de que otro le quitó la vida. Pudo morir de muerte natural, pudo matarle otro incidente. Pudo, en fin, suceder el hecho sin intervención de un ser racional*».

Y una vez más recurre Vélez a su derecho romano. En efecto, en abono de lo afirmado cita nuevamente al jurisconsulto Ulpiano en D.9.2.25.pr.: «*Proinde si occisus quidem non sit magis est, ut non teneatur in mortuo licet fessus sit*». Vélez ni lo traduce; lo hago yo ahora: «*Por lo tanto, si el esclavo no fue asesinado pero hubiera muerto, es más cierto que no ha de ser considerado responsable de haberle asesinado, aunque haya confesado*».

Concluye Vélez Sársfield este argumento tan elocuente expresando: «*Ureta, Señor, pudo haber sido muerto por el caballo. Moriría por alguna otra causa, o moriría de su muerte, según la expresión de la Ley*».

3º) *El dueño de casa no responde sino por los hechos delictuosos acaecidos dentro de los muros de ella. Errónea aplicación del edicto romano «nisi restituant iudicium dabo»*

Vélez Sársfield deshace aquí dos argumentos del acusador. Pretende la acusación que los Yáñez son responsables de la muerte del joven Ureta, pues éste se hospedaba en su casa.

El derecho hace responsable al dueño de casa de la muerte de su huésped, ¿pero, en qué casos...? Cuando se encuentra el cadáver en la misma casa, circunstancia especialísima y única, que no puede ser interpretada ni recibir mayor latitud que la que resulta de la ley.

El cadáver del joven Ureta no fue hallado en la casa de los Yáñez; luego, no es el caso de la presunción de derecho «*contra dominum domus*» (contra el dueño de casa).

Menos aún, dice Vélez, cabría la presunción contra José María Yáñez, el hijo, que no es el dueño de casa.

Y vuelve otra vez al derecho romano, le es tan connatural y sabido, que cita (en latín por cierto) la última parte del párrafo 30 del fragmento 1, en el Libro 29, título 5 sobre los senadoconsultos Siliano y Claudio, que textualmente dice: *«Si quis in villa occisus sit, plus quam iniquum est, si forte late praedia habeat de omnibus qui in ea regione fuerint servis, et quaestionem haberi et supplicium sumi...»* («Si fue muerto el que estaba ocupando la granja, es muy injusto que, si tenía muy repartidas sus fincas, todos los esclavos que estaban en aquella región sean sometidos a interrogatorio sobre el que fue muerto y parece que llegaron a tener sospecha y conocimiento del crimen»).

Asimismo, protesta Vélez Sársfield contra la interpretación que hace el acusador del edicto del pretor romano. Imposible de engañar a Vélez en los temas de derecho romano. Por ello manifiesta: *«Se han llevado las cosas al extremo, se han desnaturalizado y por una exageración en las ideas y en los principios, y como si un hombre fuese una especie sin vida y sin movimiento propio, se quiere poner a los Yáñez en el caso del edicto romano 'nisi restituant iudicium dabo'»*.

Ese edicto, explica Vélez, se aplica sólo en el caso del contrato de depósito o del delito de *furtum*, porque se trata de la restitución de cosas, en cuyo caso, probado el derecho del accionante, tiene lugar la orden del pretor: *«nisi restituant, iudicium dabo»* («Si no restituyes, daré acción en tu contra»).

Pero, ¿qué extraña jurisprudencia, se pregunta Vélez culminando su argumento, es la que pone al dueño de casa en la obligación de dar cuenta de los pasos y de la vida de los que llegaron a ella... que aplica para las personas la responsabilidad que la ley impone para las cosas?

4°) *No pueden tener fuerza probatorias las conjeturas independientes, los meros indicios, las medias pruebas, las presunciones que no se basan en hechos ciertos.*

El acusador, dice Vélez, ante la carencia de pruebas de relevancia, se aferra a una serie de presunciones sin fundamento, o indicios o conjeturas, en las cuales no puede fundarse una sentencia condenatoria.

*«Las presunciones, los indicios y semiplenas pruebas -prosigue el Dr. Vélez- sólo son las primeras gradas necesarias para llegar a un punto dado. Pero se ha andado ya todo el camino, no queda trámite que llevar. Entonces la carencia misma de otras pruebas des-*

*virtúa los indicios o medias pruebas que motivaron el proceso. Pero decir a la conclusión de la causa que hay semiplena prueba del delito, es igualar los deberes del Magistrado cuando va a mandar un auto de prisión, con los que la ley impone cuando va a dictar una sentencia definitiva».*

Vélez Sársfield se fundamentó *«more solito»* en el derecho romano y en un romanista cuyos libros son de su cabecera: Cuiacius, el célebre Jacques Cujás, jefe de la escuela humanista del derecho, creador de la jurisprudencia elegante, el *«mos gallicus»*.

En el derecho romano, afirma Vélez, no hay texto alguno que haga esta división de las pruebas en las sentencias definitivas. Cita textualmente en latín a Cuiacius en el comentario a la Ley Julia sobre la majestad que agrava las penas en los delitos contra la seguridad del Estado, cuando dice: *«Veritas sicut probatio scindi non potest: quae non est plena veritas est plena falsitas; quae non est plene probatio, plene nulla probatio est»*. Es decir: *«Así como la verdad, de igual modo la prueba no puede dividirse. Lo que no es plena verdad es plena falsedad; ha de entenderse que aquello que no ha sido probado plenamente no ha sido probado de ninguna forma»*.

Cita también al romanista francés Le Cont -le nombra en latín Contius- y transcribe su pensamiento al respecto: *«Veritas est indivisa et quod non este plene verum non est semiplene verum sed plene falsum»*. Es decir: *«La verdad es indivisible y aquello que no es totalmente verdadero, no implica que sea semiverdadero sino totalmente falso»*.

*«El acusador -concluye Vélez Sársfield en este argumento- haciendo uso de las pruebas incompletas, toma una de estas pequeñas partes que pertenecen al género de pruebas. Toma después un indicio que sería un átomo en la prueba de esta clase, y como quien compone un edificio con pequeños ripios, quiere, de estas fracciones de prueba formar por una forzosa unión, una prueba propiamente dicha»*.

Se pregunta después Vélez para cerrar este argumento: *«¿Cómo del conjunto de muchos indicios aún no probados y de los cuales ninguno es grave, se puede formar una prueba completa? ¿Cómo puede hacerse nacer la luz del conjunto de muchas cosas oscuras?»*.

¡Contundente y hermosa argumentación!

5°) *La falta de causa y objeto, de propósito, para ejecutar el crimen, es argumento decisivo de la inocencia de los Yáñez.*

Encabeza este argumento Vélez Sársfield citando a Cicerón; lo hace en lengua latina y ni se digna dar la traducción. Escribe el arpinate: «*Si vita hominum est ut ad maleficium nemo conetur sine spe atque emolumento accedere, quaeritis ita debitis iudicis, ubi multa habere multa improbe, multa perfidiose facta videtis ibi scelus latere*».

Es decir: «*Si la vida de los hombres nos muestra que nadie se inclina hacia la maldad sino porque tras ella busca un lucro, un provecho, advertid, jueces, que el crimen se oculta allí donde se han hecho muchas cosas ímprobamente, con audacia, con perfidia*».

Los hechos han probado, dice Vélez Sársfield, que los Yáñez no temían la presencia de Ureta, ni que él viese el estado del corto negocio de su padre. Todo estaba en prosperidad y los bienes de los Yáñez alcanzaban y sobraban para responder de los cortos intereses que tenía Dn. Antonio Ureta.

¿Por qué habrían de matarle...? ¿Para ocultar qué...? ¿Si ellos mismos, los Yáñez, le habían invitado a la casa, si le brindaban estimación y cariño, si compartían la mesa, el pan y el vino...?

¿Por qué, se reitera Vélez Sársfield, habrían de matarle...? No se ve causa, ni objeto, ni propósito.

6°) *La buena fama, el buen nombre, es el mejor argumento que en casos dudosos puede hacer valer el acusado.*

Como lo ha hecho a lo largo de toda la defensa, vuelve Vélez Sársfield al derecho romano y apuntala este argumento con los buenos antecedentes de sus defendidos, transcribiendo parcialmente un fragmento del jurisconsulto Modestino en D.49.16.3.12. que se refiere a los militares y dispone que si un hombre del ejército hubiese caído incautamente en poder del enemigo, no obstante, si regresare se le podrá indultar, en consideración a su vida anterior, incluso se lo rehabilitará como veterano y podrá cobrar las pensiones.

Los Yáñez son bien vistos en el pueblo de Dolores y no registran antecedentes en su prontuario, ni nadie les cree capaces de ese crimen.

Vélez Sársfield, que ha ido desvirtuando los argumentos de la acusación, culmina su defensa fundamentándose en el propio acervo moral de sus defendidos.

7°) Cabe, al menos, una «falta de mérito».

Culminando su argumentación, sólida y progresiva, Vélez Sársfield recurre ahora a un instituto procesal: el de la *falta de mérito*. «Cuando sólo hay indicios o presunciones contra los acusados -dice Vélez-acostumbran los tribunales absolver al reo de la instancia dejando la causa abierta. Mil resoluciones de V.E., prosigue, así lo han ordenado en casos más dudosos que el presente. ¿Por qué, pues, no tomar ese camino...?».

8°) *Impetración final*.

Vélez Sársfield ha ido acumulando, párrafo a párrafo, en avasallante alegato, según vimos, los argumentos en pro de la inocencia de sus defendidos.

Sin embargo, aunque seguro de sus convicciones, Vélez Sársfield, auténtico abogado que se muestra como sagaz defensor, impetra ahora la misericordia del Tribunal. Ha bregado apasionadamente por la justicia, pero no olvida invocar al final su virtud compañera, la misericordia.

Y la invoca recurriendo una vez más al derecho romano: «*Si diutino tempore*», dice una ley del *Digesto*, afirma Vélez, «*aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit*». La transcripción parcial corresponde al fragmento 25 del jurisconsulto Modestino, en el Título 19 del Libro 48, que textualmente dice: «*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit; etiam constitutum est non eo modo puniendo eos, qui longo tempore in reato agunt, quam eo qui in recenti sententiam excipiunt*». Que así traduzco: «*Si alguien hubiere estado mucho tiempo como reo, se le debe aliviar la pena, pues también está establecido que no deben ser castigados de igual modo los que han estado mucho tiempo como acusados que los que obtienen pronto la sentencia*».

El Código romano, prosigue Vélez Sársfield, manda en el Libro 9, Título 47, Constitución 23 que el tiempo que los reos hubiesen estado presos, se cuente en el de destierro a que fueron condenados. Esta impetración final que Vélez Sársfield ha basamentado en el derecho romano, la concluye el joven abogado invocando la Ley de Partidas, que es prácticamente un apotegma jurídico: «*Ca como quier que la Justicia es mui buena cosa en sí, con todo eso facere mui cruel quando a las vegadas no es templada con misericordia*» (Part. 2, Tít. 10, L. 2).

Tal el alegato del Dr. Vélez Sársfield y nuestra glosa. Muchas gracias.



## ACUERDO ARGENTINA-AUSTRALIA SOBRE USOS PACÍFICOS DE LA ENERGÍA NUCLEAR

por ALBERTO P. MAIZTEGUI \*

En el Congreso Nacional se está estudiando un Acuerdo entre la Argentina y Australia sobre el uso pacífico de la energía nuclear. Ha sido aprobado por la Cámara de Senadores en el año 2001 y está en consideración de la Cámara de Diputados desde entonces.

A raíz de manifestaciones adversas, principalmente de la organización internacional *Greenpeace*, se ha demorado su aprobación.

La Academia Nacional de Ciencias con sede en Córdoba, preocupada por dicha demora, invitó a las academias que entienden en actividades científicas, tecnológicas, sanitarias y legales, a estudiar dicho acuerdo y expedirse sobre la conveniencia o no de que el Congreso Nacional apruebe su firma. Realizadas las consultas, las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Buenos Aires, de Educación, de Medicina y de Agronomía y Veterinaria se pronunciaron a favor de la conveniencia de firmar el Acuerdo.

Los puntos conflictivos se refieren al art. 12 del Acuerdo:

“Cuando se irradie combustible en un reactor de investigación provisto por la Argentina a Australia:

---

\* Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba. Conferencia pronunciada en sesión privada el 17 de septiembre de 2002.

a) Si así fuere solicitado, la Argentina asegurará que dicho combustible sea procesado o acondicionado mediante arreglos apropiados a fin de hacerlo apto para su disposición en Australia;

b) Australia podrá dar consentimiento previo por escrito para el procesamiento a fin de recuperar el material nuclear para su uso ulterior conforme las disposiciones del presente acuerdo;

c) Australia permitirá el subsiguiente regreso hacia Australia de todo el combustible reacondicionado y todos los desechos radiactivos resultantes de tal procesamiento, o acondicionamiento, o reprocesamiento con arreglo a las cláusulas 1.a) y 1.b) de este artículo”.

Pues, según quienes se oponen a la firma del Acuerdo, violaría el art. 41 de la Constitución Nacional:

“Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

### **La causa inicial del proyecto de Acuerdo**

La empresa Investigaciones Aplicadas, Sociedad del Estado (INVAP, S.E.) tiene su sede en San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro. A lo largo de su existencia de dos décadas ha logrado desarrollos importantísimos en materia de aplicaciones de la energía nuclear, tales como la construcción de reactores nucleares, varios de ellos vendidos a otros países, y procedimientos propios para enriquecer el uranio, como así también el desarrollo de instrumental original para aplicaciones médicas, entre ellos la fabricación de bombas de cobalto.

En ocasión del llamado de Australia a una licitación internacional para proveerla de un reactor de investigación en reemplazo de uno provisto por la industria británica hace ya unos 40 años, INVAP se presentó compitiendo con propuestas de Canadá, Francia y Alemania, y por razones tecnológicas ganó la licitación. Un verdadero triunfo de tecnologías desarrolladas en Argentina y un significativo aporte hacia la exportación de bienes con altísimo valor agregado.

Actualmente el material gastado en el reactor australiano de origen británico es acondicionado por Francia para su posterior depósito en Australia.

Es de destacar que para prevenir objeciones sobre esta eventual violación, la empresa INVAP S.E., previamente a la firma del contrato con la empresa australiana ANSCO, consultó a los constitucionalistas doctores Mariano A. Cavagna Martínez, Félix Loñ y Jorge Vanossi y al procurador del Tesoro de la Nación, doctor Ernesto Alberto Marcer acerca de la existencia o no de una violación del art. 41. Los cuatro especialistas consultados informaron que no existe tal violación.

El art. 12 del proyecto de Acuerdo garantiza a Australia el acondicionamiento del material gastado en el futuro reactor fabricado en la Argentina, debido a que Australia carece de la tecnología y de las instalaciones necesarias para ese acondicionamiento, pero no obliga a la Argentina a realizar el acondicionamiento en el territorio argentino. Es de advertir que si la Argentina decidiera acondicionar el material gastado en sus instalaciones de la CNEA, la intensidad de radiación de dicho material gastado sería del orden de magnitud de la intensidad de radiación de una de las tantas bombas de cobalto que han sido importadas por nuestro país, que ahora produce INVAP y que en estas últimas semanas ha sido introducida al país e instalada en el Hospital Nacional de Clínicas en la ciudad de Córdoba, sin que nadie haya objetado la instalación de esa fuente radiactiva cuya intensidad, repetimos, es del mismo orden de magnitud que el eventual material gastado que se introduciría temporariamente a la Argentina, y que sería devuelto en su totalidad a Australia después de acondicionado para su disposición en ese país.

Por otra parte, hay que señalar que lo que prohíbe el art. 41 de la Constitución es la introducción al país de desechos radiactivos, pero no de otros materiales radiactivos, como el material gastado en el reactor construido en Argentina e instalado en Australia, ni el material radiactivo de una bomba de cobalto, como la introducida al país e instalada en Córdoba recientemente.

Sobre estos temas tan delicados, como el de la seguridad en el tratamiento de material radiactivo no se puede admitir el uso de las palabras clave (desechos radiactivos/material gastado en un reactor) con una interpretación personal. Por eso el Organismo Nacional de Energía Atómica con sede en Viena ha definido con precisión como conceptos diferentes precisamente un desecho radiactivo de un material gastado.

En cuanto a la otra objeción de que no es admisible que el Congreso de la Nación apruebe un acuerdo que contenga cláusulas secretas, la lectura del proyecto muestra que no existe ninguna cláusula secreta. Lo

que sí existe pero en el contrato firmado por las empresas australiana y argentina es una reserva en cuanto a la confidencialidad de los aspectos tecnológicos del contrato. Este aspecto también fue consultado al procurador del Tesoro de la Nación argentina, quien se expidió considerando de uso normal de tales reservas en contratos entre instituciones comerciales sobre procedimientos tecnológicos originales.

Las academias nacionales que aprueban la firma del Acuerdo con Australia consideran que dicha firma contribuiría a la credibilidad internacional de la firma de contratos con empresas argentinas, como así también a dar aliento a desarrollos tecnológicos de alto valor agregado, tema clave para las exportaciones argentinas, y una de sus mayores debilidades.

## ASISTEMATICIDAD DE LA REFORMA CONCURSAL

por EFRAÍN HUGO RICHARD \*

### I. Se subrayó como panorama:

1. La crisis generada en el país desde hace varios años por la cesación de pagos de todos los estamentos, desde el Estado Nacional que la irradió a toda la actividad.

2. La crisis del sistema judicial, ante la proliferación de los incumplimientos y la lentitud de los procedimientos, generada por un hipergarantismo que transforma en débil al que cumplió el contrato y debe exigir jurisdiccionalmente su cumplimiento.

3. La inseguridad jurídica creada por la tardía respuesta del sistema jurisdiccional y por una excesiva proliferación de normas, en torno a lo que recordó sus presentaciones ante la Academia sobre *la economía del derecho*, que implica una postura doctrinaria y no meramente interpretativa como el análisis económico del derecho.

4. La desvalorización de la economía a través de lo financiero, que debería ser accesorio a lo económico y que implica la simiente de la destrucción de la economía de mercado, basada en lo productivo.

5. La falta de políticas legislativas que determinen claramente el objetivo de las normas, por lo que éstas no cumplen los propósitos expresados y se insertan asistemáticamente.

---

\* Académico de número. Exposición en la sesión del 4 de noviembre de 2002. Síntesis de la exposición que formalizó el académico Efraín Hugo Richard sobre las reformas introducidas al régimen concursal por las leyes 25.563 y 25.569.

6. La falta de visión para enfrentar las relaciones de organización, insistiendo en la regulación de las relaciones de cambio, que son neutralizadas contractualmente con la elección del derecho aplicable, con renuncia a las normas de reenvío de derecho internacional privado, y con la renuncia a la jurisdicción, incluso recurriendo a las garantías a primera demanda o garantías independientes.

7. El no regular las normas de organización, no disponibles, para hacerlas las mejores elegibles dentro de la legislación comparada, para estimular la constitución de sociedades en nuestro país, en vez de dar mejor trato a las sociedades extranjeras que a las argentinas, lo que contradice la tendencia mundial.

8. La existencia de una crisis económica terminal, sectorización económica con pauperización de grandes masas de población, con desocupación creciente y subocupación, inexistencia de mercado interno, normas de emergencia erráticas, aceptación de actividad bancaria y financiera ilícita, con vaciamiento del sistema a través del *indirect doing business*.

## **II. Continúo señalando que se insertan en ese panorama las dos reformas a la ley concursal:**

1. El sistema concursal era y continuará siendo ineficiente, como lo ha sostenido en trabajos publicados por la Academia en años anteriores, atendiendo a que no alienta al deudor que advierte estar en cesación de pagos, y particularmente a los administradores de sociedades, a la adopción de medidas tendientes a acotar su situación y no transferirla a terceros, o sea a la temporaneidad de adopción de soluciones ante el estado de insolvencia.

2. Esas dos leyes introducen criterios contradictorios, generando una gran incerteza en torno a la vigencia de cada reforma, a su transitoriedad, que divide a la doctrina.

3. La presentación tempestiva en concurso, o en la adopción de medidas para no contagiar el estado de insolvencia, ha sido la base doctrinaria de la estructuración del sistema concursal. Así lo enseñaron en esta Academia, Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra.

4. Particularmente no es alentada la tempestividad en cuanto la primera de esas leyes elimina el mínimo a pagar a los acreedores

quirografarios del 40% -sin límite de plazo- y la posterior ley, derogando la mayoría de las reformas, mantiene ese resultado paupérrimo -que ni siquiera se cumple y lleva a la quiebra en los procedimientos analizables-.

5. Se mantiene el desaliento a las acciones de reintegración patrimonial, a través de una doctrina ambigua y permisiva que alienta la falta de planificación del deudor y su actuación en cesación de pagos, transfiriendo su problema a los acreedores que contraten en tal estado, -por supuesto sin su conocimiento de la insolvencia que llevará a que no se satisfagan las obligaciones así contraídas-.

6. La asistematicidad en la introducción de los arts. 46, 48 y 52 entre éstos y con el art. 49 de la ley de concursos facilitarán maniobras que aparecen denunciadas y explicitadas en trabajos incorporados a la página electrónica de la Academia <http://comunidad.vlex.com/acader>, donde también se sugieren las medidas para contrarrestarlas.

7. El cinismo mediático tiende a ocultar estas cuestiones, particularmente el dolo de los deudores, pudiéndose citar como ejemplo el concurso de Aerolíneas Argentinas S.A., de reciente data, respecto de una sociedad que casi nace en cesación de pagos por la administración ilegal -pese a haber entregado el Estado el patrimonio social libre de pasivo-, ocultando un dudoso e ilegal arbitraje producido en 1992.

8. El acuerdo preventivo extrajudicial generado por la última ley permitirá que los acreedores preteridos o ignorados deban ver como se consuman las maniobras que permite al acreedor que los ignora, protegido por el lento sistema judicial de declaración de derechos.

9. Una reforma en concurso profundizaría los efectos de acuerdos extrajudiciales respecto a acreedores omitidos o ignorados.

10. No se tiene en cuenta la situación de desigualdad que se crea entre un deudor que planifica en insolvencia cómo seguir operando y cómo transferir su estado a acreedores *in bonis*, y la situación de éstos que enfrentados a la incobrabilidad de su deudor en concurso, deberían hacer grandes gastos y esfuerzos y esperar mucho tiempo para que la justicia reparara lo que el concurso permite al deudor que no se presente temporáneamente en concurso.

11. La doctrina debe alertar de estas situaciones que alejan las inversiones, destruyen aún más la economía. Se impone tener claras las cuestiones. El problema de la empresa debe verse externamente y no

internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la «empresa» pueda solucionar su problema. O sea, si se debe proteger a administradores inexpertos -o dolosos-, o a la empresa general.

12. Se concilian los intereses de la empresa en dificultades y de su entorno. Claro que implica limitar el margen de maniobra de los administradores del concursado para perjudicar a terceros, incentivar las acciones de responsabilidad o de reconstrucción patrimonial. Con esa óptica resulta impensable que puedan concurrir empleados en razón de «créditos» laborales correspondientes a sus salarios inmediatos.

13. Por último, siempre se ha referido a lo que la doctrina llamaba *cramdown* a la criolla -art. 48 ley 24522- como «propuesta heterónoma», por generarse de un sujeto ajeno al poder del concursado, ante el fracaso de su propia «propuesta autónoma», o sea formulada por la autonomía de su personalidad jurídica. En la propuesta heterónoma -al igual que en la autónoma- disvaliosamente no se exige «El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado» que se requiere al síndico en el supuesto del art. 190 inc. 4º, que se mantiene en forma idéntica en el nuevo texto fijado por la ley 25.589. Sobre el plan de empresa me he playado en otros trabajos, y constituye un eje sobre el que se discrepa doctrinariamente, sin entender claramente que ello se corresponde a un deber del administrador societario, que simplemente tiende a acreditar que intentó cumplir con sus funciones y que ese programa explicita la seriedad de su trabajo y permite desligarlo de responsabilidad ante los cambiantes efectos económicos. Pero su falta implica una presunción de no haber intentando ejercitar sus funciones. No se trata de evaluarlo o aprobarlo, sino de ponerlo a disposición de los interesados y disponerlo como elemento de prueba de la eventual responsabilidad de los administradores.

14. La propuesta heterónoma no es una propuesta de explotación o adquisición de la empresa, sino de adquisición de las cuotas u acciones, centrándose la cuestión en la determinación de su precio. Se elimina la expresión del viejo art. 48 sobre «la adquisición de la empresa en marcha», criticada, para insistir en la adquisición de las participaciones sociales. Un sector de la doctrina afirmó que la finalidad del instituto, perseguida a través de la intervención de terceros, es hacer operativo el principio de conservación de la empresa, permitiendo que más allá de la suerte del

empresario, pueda establecerse una oportunidad de saneamiento para los establecimientos económicamente útiles y viables. Otros, por el contrario, entendieron que la figura constituía una mera transferencia de las participaciones societarias de la deudora que no aseguraba la continuación empresarial y que no seguía la directiva central del derecho comparado en orden a la existencia de un plan de empresa que posibilitara el mentado saneamiento. Esta corriente de pensamiento entendió que el salvataje de la empresa era en rigor «una transferencia de activos con previo arreglo del pasivo», o mejor dicho, «una venta forzada de capital social». La ambigüedad y maniobras que permite la nueva articulación se ha denunciado en otros artículos y sólo se remarca.

15. Deben formalizarse las meditaciones -por el que escuchó esta presentación o el que lea esta síntesis-, que también deberán dedicar, más que a las reflexiones sobre la interpretación literal de la ley, o la conveniencia de su reforma, en la asunción del compromiso ético con la comunidad con los principios tradicionales que imponen los remedios concursales y su tempestividad, aventando doctrinas ambiguas que alientan conductas irresponsables, particularmente de administradores societarios.



**RECEPCIÓN DE NUEVOS  
MIEMBROS CORRESPONDIENTES**



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA,  
DR. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Ricardo Haro,  
en acto público llevado a cabo el 24 de septiembre de 2002.

*Palabras del académico de número Dr. Ricardo Haro*

Señor presidente Dr. Olsen A. Ghirardi,  
Señores presidentes honorarios, Dres. Pedro J. Frías y Luis Moisset  
de Espanés  
Señores académicos,  
Señores profesores, magistrados,  
¡¡Señoras, señores, queridos estudiantes!! ¡¡Amigos todos!!

I. Siento una profundo honor y gozo al asumir ante esta corporación  
y por su disposición, la presentación del Dr. Francisco Fernández Segado,  
para su investidura como académico correspondiente en España.

Tengo la convicción de que una presentación académica debe contener,  
en los breves minutos de su exposición, una visión completa y concreta  
de los principales antecedentes del Incorporando y de los rasgos más  
destacados de su personalidad humana y científica. Y esto es así  
más aún, cuando se trata de juristas extranjeros, cuyo conocimiento es  
patrimonio de los especialistas que lo leen, lo tratan y le conocen. Por eso  
no nos quedaremos en un mero formalismo protocolar.

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 35/81.

Es algo más, pues resulta a todas luces conveniente que los señores académicos y la distinguida concurrencia, lleguen a saber quién es y cuál es la trayectoria del miembro que se incorpora, fundamental conocimiento que seguramente ayudará a crear una simpatía hacia él, en una verdadera amalgama de reconocimiento y de afecto hacia su relevante personalidad de jurista.

Con el Dr. Fernández Segado nos une una profunda y entrañable amistad nacida en 1988 al calor del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en la encantadora Madrid, amistad que luego hemos seguido asiduamente cultivando en Santiago de Compostela cuando he tenido el honor de ocupar varias veces su Cátedra, en congresos, jornadas y especialmente, en las varias visitas que nos ha efectuado para realizar actividades académicas y con motivo de los encuentros de profesores de nuestra Asociación Argentina de Derecho Constitucional en Mar del Plata, en Córdoba, en Santa Fe, etcétera. Es un hombre que quiere profundamente a la Argentina y a sus amigos argentinos y se siente feliz de haberlos reencontrado. Tan verdad es ello, que ha visitado Argentina en 10 oportunidades y a Córdoba ha llegado en 5 ocasiones, en una de las cuales disertó en esta Casa.

II. Y pues bien, cuáles son sus extensos y tan valiosos antecedentes, entre tantos que razonablemente se pueden reseñar en esta presentación.

A manera de síntesis preliminar, podemos afirmar sin lugar a dudas que el doctor Fernández Segado es uno de los más destacados constitucionalistas en Europa y en Latinoamérica.

Doctorado en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, inició su carrera docente en 1982 como profesor titular de Derecho Constitucional en las universidades Autónoma de Madrid y en las Pontificias de Comillas y de Salamanca, llegando en 1987 a ser catedrático en la Universidad de Santiago de Compostela, para obtener últimamente por concurso en el año 2000, el cargo de catedrático en la Universidad Complutense de Madrid, la que por ser la más importante de España, es indudablemente la meta final para la mayoría de los profesores españoles.

Su producción bibliográfica es tan abundante como enjundiosa por el alto nivel científico y doctrinario que encierra, y que se ha volcado nada menos que en 14 libros de su autoría personal y de más de 350 artículos científicos publicados en revistas especializadas españolas y

extranjeras. Entre los primeros, sólo mencionaremos entre sus más destacados *El sistema constitucional español*, libro que por su profundidad y amplitud en el estudio, se ha constituido en una obra de consulta ineludible para quienes deseen conocer el régimen político español. Asimismo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *Las constituciones históricas españolas*, *Estudios de derecho electoral*, *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, *La dogmática de los derechos humanos*, *Aproximación a la ciencia del derecho constitucional*, etcétera.

Además, ha colaborado en la edición de obras colectivas en España, Alemania, Argentina, Brasil, Italia, Bolivia, Colombia, Portugal, Costa Rica, El Salvador, Chile, Francia, Guatemala, México, Perú, Polonia y Uruguay. Y permítaseme manifestarles una muy buena noticia que anoche me comentó el Dr. Fernández Segado y que demuestra su alta investidura académica y su prestigio internacional.

Con motivo de cumplirse el próximo año el 25° aniversario de la Constitución Española de 1978, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid le ha encargado la dirección de una obra colectiva de constitucionalistas iberoamericanos para referirse a diversos aspectos de tan importante acontecimiento. Pero además, la Editorial Dikynson, motivada por dicho aniversario, le ha formulado igual tarea pero referido al pensamiento de los constitucionalistas europeos sobre la Constitución de 1978. Magníficas obras para tan digno y eminente coordinador.

Nuestro incorporando, es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, de la Real Academia de Córdoba (España) de Ciencias, Bellas Artes y Nobles Artes, de la Academia de Ciencias Sociales de Fortaleza (Brasil) y ahora, de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Asimismo, es miembro de las Asociaciones Argentina, Peruana, Venezolana, Colombiana y Uruguaya de Derecho Constitucional, de numerosas instituciones vinculadas al derecho público.

Ha sido designado profesor honorario en 14 universidades latinoamericanas, con San Marcos de Lima a la cabeza, a la vez que integra el Consejo Académico de 18 revistas especializadas europeas y latinoamericanas.

Actualmente es el director del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, relevante publicación que edita el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

III. Estos son algunos de sus antecedentes. Señalemos ahora ciertos rasgos peculiares de su persona. Fernández Segado es un ser profundamente humano, sumamente inteligente y afectuoso. Su cordial apertura intelectual y afectiva a los demás, le permite mantener un fecundo diálogo con todos, porque a fuer de ser sinceros, tiene una conversación tan fluida como cautivante, en el tema que le pueda interesar a su interlocutor.

Su personalidad es una estupenda simbiosis de este atractivo ropaje humano, con el de un intelectual y un jurista brillante, poseedor de una férrea y persistente disciplina en la consecución de sus metas científicas, y que vuelca la mayor parte de su vida, a veces hasta altas horas de la madrugada, investigando y escribiendo sobre derecho constitucional.

En él la docencia es una vocación del amor, en la ingeniosa y significativa distinción de Gregorio Marañón, es decir, es un llamado interior tan fuerte y convocante, que le hace dejar fácilmente todo lo que pudiere desviarle de su derrotero, a la vez que le lleva a buscar afanosamente, todas las circunstancias y medios que le posibiliten la mejor búsqueda de la verdad y del bien.

Es asimismo un intelectual, que a pesar de su juventud y del prestigio académico alcanzado, siempre mantiene su connatural bonhomía, humildad y simpatía que se manifiesta en una constante entrega y generosidad, muy lejos de la soberbia individualista y de los medianos personajismos absorbentes y repulsivos.

Esas cualidades, y el profundo afecto y admiración que despierta en quienes le conocen, le han convertido en un peregrino infatigable no sólo por las universidades españolas, sino también por las europeas y latinoamericanas. Sus viajes son harto frecuentes, respondiendo a las numerosas invitaciones y veces para el cumplimiento de funciones de asesoramiento, como en el caso del Tribunal Constitucional de Bolivia cuya ley orgánica proyectó y debatió con los congresistas. Baste decir que ha viajado 46 veces a Latinoamérica, 9 veces a Argentina y esta es la quinta vez que llega a Córdoba.

La investigación y la docencia, plenifican su humanidad con el gozo y la felicidad con que las vive y las transmite, ya sea en la clase, en la conferencia, en la afable conversación, en el artículo o en el libro. Es por ello que de él puede decirse en verdad lo que Séneca le manifestaba a su discípulo Lucilio en sus conocidas Epístolas: *«Me alegro de aprender una cosa, para tener el placer de enseñártela. No hay bien cuya posesión me sea agradable, sino a condición de que lo pueda compartir».*

IV. Dr. Francisco Fernando Segado, querido y entrañable amigo: En este acto trascendental, usted va a recibir ahora de manos de nuestro presidente, la imposición de la medalla y la entrega del diploma que lo acredita como miembro correspondiente en España de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Más allá de tantas honras recibidas, esta distinción tiene para usted, todo el simbolismo de esta Academia, que es la Academia del País Interior, y que con una intensa y recoleta vida intelectual, nutre las raíces de la cultura jurídica argentina.

No dudamos que usted, que es un peregrino como Santiago el Apóstol, llevará nuestro mensaje a España y a Europa, a la vez que debe tener la seguridad de que esta Academia a partir de hoy, es su propia casa y su posada cultural, en la que encontrará, tanto la fraternidad y el afecto de sus amigos académicos que aliviarán su sed, como el diálogo fecundo que alimentará su espíritu, y el descanso reparador para acometer nuevas empresas. ¡Bienvenido sea, estimado catedrático y amigo! ¡Ya estás entre nosotros! ¡Muchas gracias por haber llegado!



## RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN CHILE, DR. SERGIO MARTÍNEZ BAEZA \*

La presentación estuvo a cargo del señor presidente honorario, Dr.  
Pedro J. Frías, el 8 de octubre de 2002.

*Palabras del presidente honorario Dr. Pedro J. Frías*

No sé si porque es tataranieto de nuestro admirado general Las Heras, Sergio Martínez Baeza ha sido siempre el responsable de grandes maniobras, pero de la cultura y del saber. Quiero decir que es un notable operador cultural. La de operador cultural es una especie muy útil todavía en nuestros países. Es quien descubre los talentos, les ofrece oportunidades y los conduce al servicio y al reconocimiento de sus pares. Es también quien congrega a la gente de la cultura para fundar un centro de estudios o una academia, y lo puede hacer porque es apreciado por las personas de su condición, porque sabe encontrar los medios necesarios, porque interpreta los valores y sentimientos en juego, les da protagonismo, en suma.

Protagonista como pocos es Martínez Baeza. Es presidente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía, de tanto prestigio en el mundo iberoamericano. Inesperadamente me ofreció la tribuna y como no estaba preparado para tan alto honor, improvisé sobre la Patagonia, unida por el viento como digo siempre. Comprobé que sabía de esa geografía de nuestro sur profundo, más de lo que suponía. De esa península que en las imágenes satelitales penetra en un mar azul.

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, pág. 83.

Al saludarlo a nombre de la Academia, sólo hablaré de él a través de mis percepciones, porque no podría abrir su *curriculum* sin asombro. Tiene una sólida preparación como abogado, como doctor en Derecho Histórico en la Universidad de Sevilla y tantos otros grados y distinciones. Martínez Baeza, muy vinculado en el exterior, es miembro correspondiente de catorce academias extranjeras, casi siempre de historia, como que se ha consagrado a ella con unción y notable competencia.

Ha formado parte del consejo directivo de diversos organismos internacionales, casi como un embajador cultural itinerante de Chile, pues ha tenido responsabilidades en la UNESCO y en otros institutos de Europa y Latinoamérica, y ha sido profesor invitado en muchas universidades.

Destaco esta calidad de embajador cultural de su país porque ha recibido muy numerosas condecoraciones, también de la Argentina. Pero su excelencia se transmite a sus libros, muchos en colaboración, y a sus quinientos estudios, publicados en Iberoamérica.

Quisiera agregar que, como lo dije de Alfredo Poviña, su oficio es presidir, por el consenso de sus pares y su capacidad de gestión. Preside la Sociedad Chilena de Historia y Geografía -16 años- y es presidente del Instituto Chileno Argentino de Cultura, cuya filial Córdoba lo agasajará pasado mañana.

El nuevo académico nada desmerece en la intimidad. Junto a su esposa son generosos con sus huéspedes argentinos, orientador de nuestros investigadores, cooperadores en toda acción conjunta que enriquezca la calidad de nuestras relaciones y de los estudios sobre historia. En estos tiempos de crisis he pensado mucho en nuestras raíces, en esas capas geológicas que depositan los hechos de nuestra historia. No ignoro los que explican nuestra Argentina dolorida, pero prefiero los que nos dan oportunidad para ponernos de pie y superar la decadencia.

Con esta esperanza digo al amigo chileno, que sucede a otros miembros correspondientes de gran prestigio, que esta Academia se alegra porque su incorporación nos enaltece.

## RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA, DR. JAIME LLUIS Y NAVAS \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Luis Moisset de  
Espanés el 22 de octubre de 2002

*Palabras del presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés*

Usted no sabe, señor presidente, con qué placer le he escuchado mencionar el origen catalán de nuestro invitado de hoy. Efectivamente, Jaime Lluís es catalán, pero ante todo es español; tiene clara conciencia de que Catalunya forma parte, ha formado parte y seguirá formando parte de España. Ayer, cuando llegó a Córdoba, uno de los primeros temas de nuestra conversación se vinculó con el problema que crea que en algunas otras regiones españolas haya personas que parecen olvidar la tradición que ha fraguado la unidad de España.

En Catalunya, pese al denominado «nacionalismo» que predomina como partido político, hay muchos que siguen siendo, ante todo, «españoles», y uno de ellos es Jaime cuya posición sobre este tema conozco desde hace muchos años.

Para presentarlo procuraré no hacer una de esas presentaciones «curriculares»; me tocó días pasados asistir a unas jornadas en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, uno de nuestros académicos correspondientes, en las que participaron los Dres. Andruet y Richard, y cuando llegó el momento de que me presentasen como expositor, el presentante se puso a leer la nómina de lo que había escrito, casi artículo por artículo, y libro por libro; yo pensaba para mis adentros: qué pesado resulta esto para el

---

\* La conferencia se lee en Sección Doctrina, págs. 99/132.

público. No voy a hacer lo mismo con Jaime Lluís y Navas, porque si me pusiera a leer todos los artículos que ha escrito Dn. Jaime sobre temas de su especialidad, estaría media hora citando títulos y títulos de trabajos de Derecho Laboral.

Anteayer me llegó una de su especialidad, el N° 93, 2002, de la Revista Técnico Laboral; la abro, miro el índice y murmuro para mis adentros: pareciera que Jaime Lluís es el dueño de esta revista, porque en todos sus números aparece algún trabajo suyo, y en este hay dos.

Aunque nuestro nuevo académico se ha jubilado en su actividad como catedrático de Derecho del Trabajo en E.S.A.D.E (Universidad de San Raimundo Lulio), y en la Escuela Social de Barcelona, y también se ha jubilado en su actividad pública como abogado del Estado, donde se desempeñaba como inspector superior del Trabajo, no se ha jubilado en su actividad intelectual y sigue todos los días trabajando sin descanso, y los frutos de ese esfuerzo se reflejan en sus publicaciones.

Realizó sus estudios de abogacía en la Universidad de Barcelona, donde también obtuvo el título de doctor en Derecho. Luego, en Madrid, se doctoró en Filosofía y Letras, completando una formación humanista que se refleja en todas sus obras.

Sus investigaciones no se han reducido al campo del derecho laboral; vemos así que en la famosa Revista General de Jurisprudencia y Legislación, una de las más antiguas y prestigiosas de España, publicó hace ya años un trabajo sobre la teoría de la imprevisión, tema que por desgracia tiene vigencia en la actualidad y que tenemos que estudiar otra vez en razón de las circunstancias económicas por las que atraviesa nuestro país. Ese trabajo, sobre un tema al que solemos dedicarnos preferentemente los civilistas, fue uno de los primeros contactos que tuve con la actividad jurídica de nuestro amigo, antes de conocerlo personalmente en un curso de derecho comparado en la Universidad de Estrasburgo.

Jaime Lluís, estudioso, inquieto, ha recorrido Europa asistiendo a los cursos de derecho comparado; lo hemos encontrado en Francia (Estrasburgo) y Portugal (Coimbra); ha estado también en Italia y Yugoslavia, llegando incluso a Irán. He perdido la cuenta de los diplomas que ha obtenido en derecho comparado y laboral.

Autor de una decena de libros de variados temas, como el derecho de las cooperativas y de las asociaciones, hasta una teoría general del derecho, donde plasma su formación filosófica.

Y les pido disculpa por el desorden de mis palabras; he salteado algo importante. Quien ha investigado el tema de la imprevisión, forzosamente tiene que haber analizado la historia de la moneda; pues bien, Jaime es un especialista en «numismática», y ha publicado estudios sobre los aspectos jurídicos y económicos de la moneda, entre los que destaca una obra en dos tomos sobre *El régimen legal de la fabricación de moneda bajo los Reyes Católicos*, que sin duda, aporta datos que resultarán de particular interés para nuestros compañeros académicos que se interesan por la historia del derecho.

En todos sus trabajos encontramos, una y otra vez, aportes renovadores; por ejemplo, ha integrado comisiones legislativas y sobre la base de un proyecto suyo se elaboró la ordenanza sobre la previsión de accidentes de trabajo.

Quiero destacar también que es un pensador reflexivo; frente a un problema no reacciona como un atolondrado que, como un relámpago, ensaya una respuesta sin meditar; él prefiere pensar dos veces e, incluso, mientras está tratando el problema continúa pensando y vuelve sobre el tema para obtener una conclusión que sea válida. Esta actitud es una de las cosas que más he apreciado en los contactos que a lo largo de los años he tenido con Lluís. ¡Cuántas cosas he aprendido en nuestras conversaciones! No solamente de carácter jurídico, sino también lingüístico.

Y aquí entra a jugar Consuelo, su esposa y compañera, complemento perfecto por sus conocimientos del idioma castellano, que los ha llevado en algún momento a escribir a la Academia Española de la Lengua para señalar que no era correcto el significado que se adjudicaba a un vocablo, y sus observaciones han sido escuchadas, salvando el error.

Muchas de mis inquietudes sobre estos temas se han avivado en las conversaciones que he mantenido con ellos; recuerdo que en 1966 en Estrasburgo, que fue donde nos conocimos, señalé -con mucha inocencia- que los encomenderos españoles habían explotado a los indígenas de América del Sur, y Consuelo me observó que lo único que hicieron los españoles fue tomar esa institución de los incas, que eran los verdaderos creadores de las «encomiendas»; y cuando para referirme a un establecimiento de vacas lecheras, hablé de un «tambo», fueron ellos quienes me indicaron que se trataba de un vocablo de origen indígena, con el que se designaba las «postas» establecidas en el Camino del Inca.

Con frecuencia, al escucharme emplear algún vocablo de aquellos que usamos con frecuencia, pensando que son castizos, me han indicado que se trataba de americanismos.

En esas largas horas compartidas con Jaime y Consuelo he adquirido un rico caudal de conocimientos...

El matrimonio Lluís ha brindado siempre cordial bienvenida a todos los argentinos que llegaban a Barcelona, y aunque hoy llegan a Córdoba por primera vez, han estado siempre presente; en alguna oportunidad, hace una veintena de años, fue invitado por el profesor de Derecho del Trabajo Dr. Ramón Edgard Flores, y el Centro de Investigación de Derecho Comparado, para dictar un curso de posgrado, que lamentablemente, se frustró por uno de esos episodios de «quiebra» económica que nuestro país ha sufrido varias veces, en que el peso se hunde y el dólar se escapa, lo que impidió costear su pasaje desde España. Pero, aunque no haya podido llegar antes, Jaime ha colaborado muchas veces con revistas jurídicas cordobesas, como el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y la revista Foro de Córdoba.

Para concluir recordaré que también lo ha hecho, y muy especialmente, con nuestra Academia, con motivo del Homenaje rendido a Don Dalmacio Vélez Sársfield en el segundo centenario de su natalicio, obra a la que contribuyó con un importante ensayo.

Por todo ello nos resulta muy grata hoy la presencia de Dn. Jaime aquí con nosotros.

Nada más.

## **PREMIOS**



ACTO DE ENTREGA DE PREMIOS A LOS GANADORES  
DEL PREMIO PUBLICACIÓN «DALMACIO VÉLEZ  
SÁRSFIELD, TESIS SOBRESALIENTES»

Córdoba, 20 de agosto de 2002

*Palabras del académico de número Dr. Efraín Hugo Richard*

Señor presidente, señores académicos, señoras y señores:

1. Es esta la tercera oportunidad en que se efectiviza -aunque sea parcialmente- el otorgamiento del premio a las tesis sobresalientes inéditas por parte de la Academia, denominado Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, tesis sobresalientes».

La primera oportunidad se evidenció en acto público el 4 de julio de 2000, compartiendo el premio tres tesis, como hoy. Formalizó el acto la palabra del Dr. Eduardo Fanzolato destacando la figura de Vélez investigador y la trascendencia de la investigación para el entorno social (Anales 2000, t. II, pág. 397).

En la segunda oportunidad, el 11 de septiembre de 2001 informó la Dra. Zlata Drnas de Clément, y se premió a dos tesis, donde honraba también la figura de Vélez y destacaba la diferencia entre las tesis en la antigüedad y las de hoy.

En esta tercera oportunidad, a una semana de la conmemoración del día del abogado y del propio Dalmacio Vélez Sársfield -patrón del lauro-, la Academia en este acto público distingue -como anticipé- a tres tesis.

Atribuyó la distinción y la resolución de compartirlo a los tres premiados, un jurado integrado por el presidente honorario Dr. Luis Moisset de Españés y los académicos Pedro Daniel Carrera, Olsen Ghirardi,

Ricardo Haro, Horacio Roitman, Humberto Vázquez y el que les habla en su carácter de tesorero, quizá por la anticipatoria visión del Dr. Eduardo Fanzolato en ocasión del primer discernimiento cuando expresaba: *«Al mismo tiempo anunciamos el propósito de institucionalizar el lauro, dándole carácter regular para los años venideros. Lógicamente, este anhelo podrá concretarse siempre que lo posibiliten los recursos disponibles»*.

Justamente por la presidencia honoraria que ejerce el profesor Moisset de Espanés se cometió el error de mantenerlo en la delegación de la Corporación de publicitar en esta sesión el lauro, cuando él había indicado inicialmente su imposibilidad de asistir. De allí la pública asunción del error por un miembro de la comisión directiva, que a su vez por sus vocaciones y su particular función de tesorero ha aceptado la delegación de la Corporación de introducir en este acto.

2. Huelgan hoy los homenajes al patrón del Premio Tesis Sobresalientes, a quien la Academia ha destinado cinco tomos de importantes estudios.

En este año alberdiano nos congratulamos de que el jurado haya otorgado el premio a las tres tesis presentadas, destacando así la significación del sistema jurídico.

Ello es natural al requisito de admisibilidad: la calificación de sobresalientes, lo que unido a ser trabajos excepcionales de disciplinas diversas, resulta razonable que impidiera al jurado una valoración comparativa entre tales excelencias.

Reitera así la Academia su labor de extensión apoyando la publicidad de la labor jurídica, tratando de poner de resalto el rol del derecho en el aseguramiento del orden social pretendido, conforme lo puso de resalto en su Declaración en orden a la emergencia general reconocida legislativamente en nuestro país.

La Academia intenta esa presencia no sólo en sus publicaciones, a través de sus Anales, cuadernos de institutos, reedición de obras, homenajes, libros y tesis, o de los informes o comunicaciones en sus sesiones públicas y privadas, de la labor de sus numerosos institutos, miembros correspondientes en el país y en el extranjero, congresos, jornadas, y también se ha ido preparando en los tiempos, no sólo por el modernismo sino por la situación económica, con el montaje de una página electrónica que registra

ya un importante número de «visitantes», un veinte por ciento de ellos radicados en el extranjero, y con origen a 15 países hasta la fecha.

3. Una tesis representa todo un símbolo en la Universidad hoy. En primer lugar, es el instrumento para optar por el grado máximo académico no profesional: el de doctor en Derecho o en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Adviértase que no es un título de carácter profesional, que genere alguna otra habilitación que la que otorga el título de abogado.

Se trata del título académico que en muchas universidades, aún hoy, es condición -sólo excusable en puntuales supuestos- para acceder a la titularidad de una cátedra.

Implica una demostración de la madurez, normalmente de un docente aunque no necesariamente está reservada a éstos, en la calidad de investigador, proponiendo una hipótesis, a cuya demostración dedicará el trabajo a través de una metodología apropiada.

Tribunales de admisión a la carrera del doctorado o a la investigación de la hipótesis, suelen unirse al tradicional Tribunal de Tesis que juzga el trabajo, y lo somete a una defensa oral rememorativa de los tradicionales ejercicios que recordara la Dra. Drnas.

Estas demostraciones individuales, dentro de los procedimientos de apreciación que ha organizado cada Universidad, son los hoy usados para la apreciación del nivel académico de la propia Universidad, para determinar las calidades de su cuerpo docente, de sus cursos de posgrado y doctorado para la calificación por el Comité Nacional de Evaluación Universitaria (CONEAU).

Es que esa labor individual implica el juzgamiento de los tradicionales roles de la Universidad como más alto centro de la educación superior, donde cumple una función social, múltiple y compleja, que podríamos catalogar sintéticamente como:

1. conservación del saber y la cultura;
2. investigación científica, con el fin de hacer ciencia sin perjuicio de las funciones didácticas que conserva en la preparación de los profesionales;
3. formación profesional, y
4. transferencia a la comunidad de sus conocimientos y de sus profesionales.

Una tesis es la acreditación de esas funciones, a través de la labor individual de un miembro de la Universidad, que permite proclamar que su autor ha alcanzado el lauro académico más alto, que le permite acceder a un concurso público para la titularidad de la Cátedra.

Ello, sin duda, ha implicado un gran esfuerzo, horas robadas a la familia, a la distracción creativa. Ese trabajo es un hijo jurídico, el fruto de una investigación que se entrega a la comunidad.

5. Los temas abordados por los premiados son bien diferentes y justifican la premiación de todos ellos. Y se nota en todos ellos el cuño de una dirección de investigación de calidad.

En orden alfabético

- Ezequiel Abásolo desde la Universidad de Buenos Aires afrontó *El derecho penal militar en la historia argentina*, donde en diversos capítulos ilustra sobre la institución desde los albores de la Independencia hasta 1999, donde sin dejarse llevar por los avatares de nuestros sinsabores analiza con profundidad sobre las técnicas empleadas.

- Fabián I. Balcarce, desde la Universidad Nacional de Córdoba que trata de las «Notas limitativas de la libertad individual» en el *Proceso penal*, donde partiendo de la axiología constitucional acota las limitaciones a la libertad individual en el proceso penal, con análisis exhaustivo en todos sus aspectos.

- José Luis Martínez Peroni, desde la Universidad de Mendoza, gestó su tesis «Krausismo y representación política. El pensamiento constitucional argentino» donde demuestra la penetración del pensamiento filosófico del krausismo, para la configuración de la estructura de la representación constitucional en nuestro país.

6. Ese esfuerzo evidenciado públicamente de las conductas personales, públicas y universitarias de los tesistas, doctores de nuestras universidades, en el ejercicio de su vocación, contrasta con deslucido marco jurídico que un economicismo feroz trata de imponer en nuestra comunidad.

Ese economicismo ha generado, hoy, una crisis económico, político y social que arrastra al sistema jurídico. Al mismo tiempo limita la programación de la Academia y, como anticipara el Dr. Fanzolato en la primera premiación, ha comprometido la publicación de las tesis, lo que hoy se ha

vuelto imposible y ha impuesto estudiar recursos judiciales contra los bancos que retienen las reservas de la Academia.

El jurado que discernió los premios lo puso de resalto y condicionó la publicación al premiar colectivamente.

Por eso hoy, como con alegría publicitamos la premiación, con tristeza tenemos que anunciar la imposibilidad coyuntural, que quizá sea estructural, de editar en soporte papel y distribuir como lo hace habitualmente esta Academia.

Las previsiones de la Academia sobre la publicación electrónica hoy encuentran un nuevo justificativo. Mientras subsistan las actuales circunstancias, que pueden mantenerse indefinidamente, se publicarán electrónicamente las tres tesis premiadas, y se harán referencias bibliográficas en los Anales con remisión a esa publicidad.

Con esta congoja, pero al mismo tiempo con el apoyo corporativo a la labor que como ejemplo han cumplido los tres destacados tesis de nuestras universidades, saludo a los doctores y abogados Ezequiel Abázolo, Fabián I. Balcarce y José Luis Martínez Peroni, estandartes en sus universidades y avanzada de nuestra Academia, a quien nuestro académico presidente les entregará las constancias de su premiación como ejemplo en la comunidad jurídica.

\*

### *Palabras del Dr. Ezequiel Abásolo*

Antes que nada, las breves palabras que pronunciaré van a ser, fundamentalmente, las del debido agradecimiento. En este sentido y en primer lugar, mi gratitud se dirige a esta benemérita Corporación y a sus distinguidos numerarios, cuya vasta y reconocida trayectoria en el quehacer jurídico nacional confieren al galardón que mis colegas y yo recibimos en la fecha un lustre de singulares dimensiones.

En mi caso particular, este también es el momento oportuno para recordar a aquellas personas e instituciones que con sus consejos trascendentes y con su apoyo constante hicieron posible la elaboración del trabajo que hoy merece ser premiado. Ahora bien, más que dar lectura a la nómina de todos los que un modo u otro ayudaron a dar vida a lo que luego fue la tesis -cosa que hago con más detalle en la introducción

de la obra-, lo que en esta ocasión he preferido es mencionar a aquellos cuya presencia resultó más significativa. En este sentido, reconozco que es de toda justicia mencionar a Dn. José M. Mariluz Urquijo, cuya sabiduría y fino criterio como director de la tesis contribuyeron decisivamente a la redacción del trabajo; a Alberto David Leiva, maestro y amigo cordial, a cuya paciencia y generosidad no sólo debo buena parte de mi formación intelectual y humana, sino el haber abrazado el tema de investigación que me permitió acceder al doctorado; al Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, cuyos anaqueles, siempre abiertos a mis inquietudes, sigo recorriendo con tanto provecho y placer, y con cuyos miembros he enriquecido no pocos de los tópicos que integran la obra; y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, cuyas autoridades me estimularon en forma permanente y con valiosos gestos concretos, a llevar adelante la redacción de mi tesis. Por supuesto, como Adriana Inés, mi mujer -quien hoy me está acompañando en este lugar-, sin cuyo concurso la tesis difícilmente hubiera arribado a buen puerto.

Cumplido ya con el insoslayable deber de gratitud, quiero decir ahora algunas palabras sobre el trabajo premiado. Como es de conocimiento de los presentes, la obra que Dios mediante publicará esta Academia se ocupa de la historia del derecho penal militar argentino, tarea en pos de la cual debí recurrir a materiales inéditos provenientes de más de una decena de repositorios del país y del extranjero, y a un catálogo de alrededor de mil títulos bibliográficos específicos. Fue así, que logré reconstruir la evolución de las mentalidades y de las instituciones jurídico castrenses patrias, remontándome desde sus antecedentes peninsulares hasta sus manifestaciones más recientes. Ahora bien, si el interés erudito no estuvo ausente de mis preocupaciones, debo advertir que como toda reconstrucción iushistoriográfica que pretende contribuir a la cabal *comprensión* del presente, el desarrollo de la obra estuvo dominado por el deseo de aportar algo de luz a un ámbito de la realidad jurídica argentina que al presente todavía se encuentra a la espera de importantes transformaciones. En este orden de cosas, por ejemplo, no está de más recordar que el código de Justicia Militar actualmente en vigencia responde a la lógica de una normativa constitucional que hace casi medio siglo fue derogada... En definitiva, fruto de un esfuerzo intelectual iluminado por la preceptiva metodológica de la historia jurídica, la tesis, lejos de rehuir el compromiso con el acuciante presente de la República explica el porqué de las carac-

terísticas de cierta normativa jurídico militar patria, ofreciendo, implícitamente, orientaciones que bien podrían brindar, a futuro, un sensible mejoramiento de las instituciones existentes.

\*

*Palabras del Dr. Fabián I. Balcarce*

Ella tenía 17 años, yo tenía 15.

Transcurría la escuela secundaria.

Hablamos por primera vez el 22 de junio de 1982, y si bien nunca me destaqué por mi audacia, no podía dejar pasar el momento y al despedirnos le robé un beso.

Desde ese día ya no nos separaríamos.

Primero vino María Flavia (hoy, 17 años) quien con el transcurso del tiempo se convertiría en el «orgullo» del hogar.

Después llegó Johanna. Poco tiempo la tuvimos a nuestro lado (2 años y medio) y durante años la hemos llorado.

Pero aquella mujer no cejó. Se levantó de aquel triste momento, luchó y tuvo la valentía y entereza suficientes para poner de pie a su familia, a pesar de su inconmensurable dolor de madre.

Después vino Ana Sofía (hoy, 11 años), la encargada natural de proveernos felicidad a través de sus picardías y travesuras. Incluso suele hacerse tiempo para mostrarnos socialmente sus innumerables atributos intelectuales.

La mujer de la que hablo ha estado siempre a mi lado. En los buenos y en los malos momentos. Se ha transformado en la luz de mis ojos, en el elixir de mi vida y en el espejo de mi corazón. Ella conoce de mi infinita gama de defectos y, sin lugar a dudas, ha sido la promotora de mis contados aciertos.

Han pasado casi veinte años de aquel día.

Todavía robo sus besos.

Para mi esposa.

Para Ana.

\*

*Palabras del Dr. José Luis Martínez Peroni*

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores académicos, público presente: debo admitir, lo difícil que resulta sincerar mis sentimientos en circunstancias tan emotivas como las presentes. En rigor, comienzo por agradecer a esta Academia que me honra y distingue ante mis pares.

Para los mendocinos, Córdoba ha sido y es la fuente de la tradición jurídico-institucional.

Mi agradecimiento, se hace extensivo a aquellos que me han apoyado y manifestado su sincero afecto; en este aspecto, en los inicios de mi carrera intelectual, estuvo presente el Dr. Pedro Frías, a cuya generosidad debo mi paso por el CONICET, lo que me permitió atisbar el tema central de la tesis doctoral.

Entre tantos sentimientos, sobresale nítidamente el agradecimiento a mi familia: mis padres -José y Victoria- quienes despertaron en mí la inclinación por la docencia; mi esposa -Rosa-, quien supo ser puntal en momentos difíciles; mis hijos -Santiago, Ezequiel y Benjamín-, en quienes avizoro la posibilidad de un mundo mejor.

Recuerdo a mis amigos, mis colegas, mis profesores y alumnos; las instituciones que tutelaron mi vocación, y, junto con el recuerdo, un profundo agradecimiento a mi maestro -Dardo Pérez Guilhou- por haber contribuido generosamente, desde temprana edad, a despertar y acrecentar mi vocación docente e intelectual; agradezco al Señor poder compartir con él, la cátedra universitaria, quien pese a sus 76 años, contribuye a mantener vivo el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.

Muchas gracias.

ACTO DE ENTREGA DEL PREMIO CONCURSO DE  
MONOGRAFÍAS JURÍDICAS 2002 SOBRE EL TEMA *LAS BASES  
DE ALBERDI Y LA REALIDAD ACTUAL DE LA REPÚBLICA  
ARGENTINA: LO CUMPLIDO Y LO INCUMPLIDO*

*Palabras del premiado, Ab. Jorge Oscar Orgaz*

Señor presidente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen Ghirardi, señores miembros de esta distinguida institución, señores profesores y amigos, queridos familiares:

Diversos y profundos son los pensamientos y sentimientos que invaden en este momento, mi mente y mi corazón.

En primer lugar, siento un altísimo honor por compartir con ustedes este momento tan especial, en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que, al igual que en la célebre Academia fundada por Platón, donde se debatían los más diversos problemas del hombre en la búsqueda de la verdad, es uno de los ámbitos más importantes del país, en donde se discuten los grandes temas vinculados al derecho, con el objetivo de iluminar a la sociedad en el camino que conduce a uno de sus valores más preciados, como es la justicia.

Además, deseo manifestar mi gratitud por permitirse a los más jóvenes adentrarnos en el estudio de la ciencia jurídica mediante la organización de estos concursos monográficos que, sin lugar a dudas, se han convertido en una sana costumbre de la Academia, pues numerosos han sido ya los eventos por ella organizados en esa dirección.

Finalmente, quiero celebrar el acierto de haber declarado «Año alberdiano» al que estamos transitando, como un justo y necesario homenaje al padre de nuestra Constitución Nacional, el genial tucumano Juan Bautista Alberdi, a ciento cincuenta años de sus inmortales *Ba-*

*ses y puntos de partida para la organización política de la República Argentina.*

Estamos convencidos de que las enseñanzas del prócer adquieren hoy una trascendencia sin precedentes, en razón de la profunda crisis que golpea a nuestro país en lo social, lo económico, lo político, lo moral y, también, en lo jurídico, alcanzando en este último aspecto, aristas dramáticas, pues somos de aquellos que piensan que no podrán encontrarse soluciones para abandonarla definitivamente si nuestro pueblo no respeta de manera estricta la vigencia del Estado de derecho.

Como lo manifestamos en nuestro humilde trabajo, las *Bases* y su traducción inmediata en la Carta Magna de los argentinos, significaron la finalización de uno de los períodos más oscuros de nuestra historia, caracterizados por la violencia, la intolerancia y el sectarismo a ultranza de una nación que había extraviado su rumbo.

A partir de entonces, Argentina comenzó un camino distinto, sometida al mandato supremo de la Constitución. Aunque con muchos problemas, disputas y errores, el orden constitucional consiguió que nuestro país se ubicara entre las primeras potencias del mundo en los albores del siglo que recién nos abandona.

Es decir, pudimos apreciar la innegable importancia de «lo cumplido» por las *Bases*, como era, nada menos, el haber aportado las ideas estructurantes de nuestro joven Estado.

Sin embargo, y tal como ya lo sostuvimos, nos encontramos sumergidos en una angustiante realidad, producto de haber dejado de lado el pensamiento y ejemplo de Alberdi -junto al de tantos otros grandes prohombres de nuestra historia-, haciéndose muy difícil vislumbrar una salida hacía un futuro mejor.

Lo «incumplido» de las *Bases* no debe desalentarnos sino, por el contrario, significar un enorme e impostergable desafío para los argentinos que soñamos con otro país, más desarrollado, solidario y justo. Casi con seguridad, el tucumano nos pediría en estos momentos, sacrificio, esfuerzo y, fundamentalmente, esperanza. Es que él supo lo que era construir en el desierto, soportando críticas feroces de sus adversarios y poniendo al servicio de la patria lo mejor de su brillante inteligencia y conducta intachable.

La obra alberdiana debe ser, en definitiva, un espejo en donde todos los argentinos nos podamos reflejar como sociedad en la búsqueda de nuevos horizontes.

Por eso, como los constituyentes de 1853, corremos presurosos a extraer las enseñanzas perpetuas de las *Bases*, como un intento de salir del estancamiento y ganarnos el derecho a imaginar una gran Argentina de cara a un nuevo siglo y a un nuevo mundo.



# LAS BASES DE ALBERDI PARA UN NUEVO SIGLO ARGENTINO \*

por AB. JORGE OSCAR ORGAZ

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Las bases del desencuentro (lo sufrido). II.1. Vidas paralelas. II.2. Testigo del desencuentro argentino. II.3. Las armas de la luz. III. Las bases de Alberdi (lo cumplido). III.1. La buena nueva de Caseros. III.2. Los «Ciento y uno» (elogios de todos) y las «Ciento y una» (de Sarmiento). III.3. Un mojón en medio del desierto. IV. Las Bases para un nuevo siglo argentino (lo incumplido... o lo que resta por hacer para construir un país mejor). IV.1. La proyección de las Bases. IV.1.1. Las Bases y la anomia argentina. IV.1.2. Las Bases y la educación argentina. IV.1.3. Las Bases y el federalismo argentino. IV.1.4. Las Bases, los «cacerolazos» y el espíritu republicano argentino. IV.1.5. Las Bases y el «corralito argentino». V. Palabras finales.

## I. Introducción

Ante todo, deseo saludar y felicitar a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la organización de este concurso de monografías que, bajo el tema de *Las Bases de Alberdi y la realidad actual de la República Argentina. Lo cumplido y lo incumplido*, brinda la posibilidad a jóvenes hombres y mujeres del derecho, de adentrarse en el estudio de una obra clave para conocer e interpretar la historia jurídica y política de nuestro país, desde los albores de su organización hasta nuestros días.

Es ésta también una excelente oportunidad para rendir un merecido homenaje a Juan Bautista Alberdi, arquetipo del ciudadano comprometido con la transformación de la realidad que le tocó vivir y cuya prédica y conducta imperecederos, son un verdadero faro al que presu-

---

\*Trabajo premiado en el concurso de monografías jurídicas.

rosa y necesariamente acudimos en estos momentos de densa penumbra por los que atraviesa la Argentina.

Mientras los apóstoles del pragmatismo anuncian el fin de las utopías y se debaten en mezquinas luchas por el poder, las enseñanzas y sueños de Alberdi resuenan en las mentes y corazones de miles de compatriotas que, como al autor de este humilde trabajo, nos impulsan día a día a realizar un generoso esfuerzo para salir al encuentro de un futuro mejor.

En este sentido y si bien las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* fueron redactadas como consecuencia de la caída de la tiranía rosista, tras la batalla de Caseros y con el alto objetivo de contribuir a la construcción de un nuevo Estado a mediados del siglo XIX, su vigencia a través del tiempo es innegable.

Estamos convencidos de que las *Bases* son hoy -como lo fueron para los constituyentes de 1853- un eterno punto de partida que permite a los argentinos repensar otro país, en el que la organización del poder sea más eficiente y transparente, la dirigencia amiga fiel de la ética y del ejemplo republicano, y la solidaridad un signo distintivo de su gente.

En las páginas que siguen, intentaremos demostrar que por encima de los distintos temas cuyo tratamiento Alberdi aborda en su genial obra, lo fundamental es rescatar su valor unitario, su significación global, que llevó a Alberto Demicheli, no sin razón, a considerarla junto a *El contrato social* de Rousseau, al célebre *Del espíritu de las leyes*, de Montesquieu, y a *El federalista*, de Hamilton y Madison, como uno «... de los cuatro grandes libros que impulsan el progreso democrático del mundo político moderno»<sup>1</sup>.

El plan que nos hemos propuesto desarrollar a tal fin, consiste en la descripción de las múltiples consecuencias políticas, institucionales y sociales originadas a partir de la Revolución de Mayo de 1810, continúa con el estudio de la gestación intelectual y posterior aparición de las *Bases*, como consecuencia de la amplia observación y profunda reflexión del prócer sobre aquella situación, junto a la repercusión que éstas tuvieron entre sus contemporáneos y en la vida del país, culmi-

---

<sup>1</sup> Alberto DEMICHELI, *Génesis de las 'Bases'.* Una campaña periodística de Alberdi en Montevideo, Buenos Aires, Depalma, 1966, pág. 11.

nando con el análisis de su proyección y valoración en la actualidad y de cara a los tiempos por venir.

El camino propuesto encuentra su razón en que, si bien Alberdi redactó su inmortal obra en un breve lapso -apenas le bastaron los primeros meses de 1852- sus conclusiones en torno a los grandes problemas que allí desarrolla con maestría, nacen del análisis de la realidad argentina a lo largo de su vida; es decir, las *Bases* se conocen en aquel momento pero encuentran sus raíces bastante tiempo atrás. Son producto de un largo proceso de elaboración.

En definitiva, es nuestro objetivo poner de manifiesto la trascendencia de las *Bases* más allá de los límites temporales que las vieron nacer, rescatando en tal sentido que *lo cumplido* de sus propuestas brindó a la Argentina no sólo su organización institucional fundamental, sino también la posibilidad de ocupar un lugar de privilegio entre las naciones más desarrolladas del mundo hasta las primeras décadas del siglo pasado, e interpretando que *lo incumplido* no es una excusa para el desánimo sino, por el contrario, una obra que aún resta realizar y a la que estamos invitados a protagonizar. El trabajo a realizar es inmenso, el desafío, apasionante, las fuerzas, suficientes.

## II. Las bases del desencuentro (lo sufrido)

### II.1. *Vidas paralelas*

Mientras el siglo XVIII se apagaba al ritmo de gran cantidad de revueltas, que alcanzaba en la Revolución Francesa <sup>2</sup> su máximo expo-

---

<sup>2</sup> Describe Eric HOBBSAWM que «... *el siglo XVIII fue una época de crisis para los viejos regímenes europeos y para sus sistemas económicos, y sus últimas décadas estuvieron llenas de agitaciones políticas que a veces alcanzaron categoría de revueltas, de movimientos coloniales autonomistas e incluso secesionistas: no sólo en los Estados Unidos (1776-1783), sino también en Irlanda (1782-1784), en Bélgica y Lieja (1787-1790), en Holanda (1783-1787), en Ginebra, e incluso -se ha discutido- en Inglaterra (1779). Tan notable es este conjunto de desasosiego político que algunos historiadores*

nente, el comienzo del siguiente presagiaba también un escenario mundial de grandes confrontaciones bélicas, políticas e ideológicas.

Napoleón Bonaparte demostraba su inigualable inteligencia militar tanto como estadista. Desde el primer punto de vista, derrotando a cuanto rival se pusiera en el camino de sus objetivos expansionistas -incluido su más acérrimo enemigo, Inglaterra, a quien somete en territorio egipcio-, convirtiéndose en el hombre fuerte de Europa <sup>3</sup>. Sin embargo, adelantamos, su capacidad no sólo se vería reflejada en el campo de batalla sino también en la organización institucional de su gobierno, dotando a Francia, además de su célebre Código Civil, de tribunales administrativos que controlaban las cuentas del Estado, de un Banco Central, de colegios y academias de reconocido prestigio, entre otras tantas innovaciones.

El sólido bloque político francés comenzó a agrietarse por la disconformidad que manifestaban varios países y vastos sectores sociales opositores al régimen despótico a ellos impuesto. Es así que, inspirados en el espíritu nacionalista y del movimiento romántico vigentes en ese tiempo, los estados otrora dominados por Napoleón unieron fuerzas en la Santa Alianza -con Prusia, Rusia y Austria a la cabeza- para, luego

---

*recientes -Palmer- han hablado de una 'era de las revoluciones democráticas', de las que la Francesa fue solamente una aunque la más dramática y de mayor alcance...»* debido a que, entre otras razones, «... sucedió en el más poderoso y populoso Estado europeo (excepto Rusia) ...», además de que «... de todas las revoluciones que la precedieron y la siguieron fue la única revolución social de masas, e incommensurablemente más radical que cualquier otro levantamiento...», y porque «... de todas las revoluciones contemporáneas, la Francesa fue la única ecuménica. Sus ejércitos se pusieron en marcha para revolucionar el mundo, y sus ideas lo lograron...», siendo «... sus repercusiones mucho más que las de la revolución norteamericana», produciendo «... los levantamientos que llevarían a la liberación de los países latinoamericanos después de 1808...» (Eric HOBBSBAWM, *La era de la revolución*, Barcelona, Crítica, 1997, págs. 62-63)

<sup>3</sup> Félix Luna brinda un claro ejemplo del poderío napoleónico de entonces cuando afirma que «*Hacia 1810, la dominación francesa en Europa había alcanzado su cenit. De los 167 millones de habitantes del continente, 44 eran gobernados directamente por el Imperio francés y 38 más por los Estados vasallos, los reinos de Italia, Nápoles y Holanda, y la Confederación del Rin, cuyos tronos ocupaban hermanos, parientes o soldados de Bonaparte. Rusia, Austria, Prusia, Suecia y Dinamarca eran Estados aliados*» (Félix LUNA, *Historia integral de la República Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1995, t. 5, pág. 122).

de diversas luchas armadas libradas en su contra -como las de Las Naciones en 1813 y de Waterloo en 1815-, lograr su caída definitiva, restablecer el sistema absolutista y abrir el camino de un equilibrio más ajustado entre las potencias europeas, que quedó consagrado en el Congreso de Viena, iniciado en el año 1814.

Puede deducirse por lo sostenido al comienzo del presente capítulo, que América Latina no estuvo ajena a esta época de grandes convulsiones, siendo escenario de alguna de ellas <sup>4</sup>.

Así, y apenas llegadas a Buenos Aires las primeras noticias que hablaban de la caída del rey Fernando VII en manos de Napoleón y de la designación del hermano de este último -José- en lugar del monarca destituido, y con el recuerdo aún fresco de la resistencia ante las Invasiones Inglesas, los ánimos de los porteños comenzaron a agitarse nuevamente. Sabiendo de la necesidad de actuar con la máxima premura, se fueron desencadenando los acontecimientos tendientes a desconocer la autoridad del Virrey y que culminarían con la célebre Revolución del 25 de Mayo de 1810.

El argumento fundamental para justificar semejante cambio político lo enunció Castelli en el Cabildo Abierto del 22 de mayo de aquel año al sostener que, habiendo caducado el gobierno soberano de España, se producía la *«reversión de los derechos»* de la soberanía en él depositada, a favor del pueblo de Buenos Aires.

Pese a sus imperfecciones y a sus contradicciones, la trascendencia de esta divisoria de aguas en la historia argentina es indiscutible. Por un lado, inspirada en los ideales del liberalismo europeo, hijo dilecto de la Revolución Francesa, los patriotas de entonces -al amparo de la lucidez intelectual de Mariano Moreno-, proclamaban a la libertad y a los derechos individuales de los ciudadanos como los pilares en los que se asentaría el nuevo gobierno. En segundo lugar, los primeros gritos libertarios se tradujeron en una oportunidad sin precedentes para establecer un nuevo equilibrio entre criollos y españoles, además de impulsar la actividad comercial.

---

<sup>4</sup> Véase nota 3, último párrafo.

En medio de este contexto y como derivación directa de las nuevas ideas imperantes en el momento, se van configurando los postulados que se conocen como «*Principios de Mayo*», entre los que cabe mencionar a la soberanía y la representación popular, el régimen federal, la organización comunal o local del poder y el régimen republicano, al que podemos explicitar por la división de poderes, la periodicidad de las funciones, la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios.

Es de hacer notar que este verdadero rosario de ideas-fuerza no sólo sirvió de base a los revolucionarios para emprender sus medidas iniciales al frente del primer gobierno patrio, sino que se convertiría en una guía indispensable para los intentos de organización institucional a sucederse desde allí en adelante. Como bien enseña Helio Zarini, «... *la Nación Argentina nació y se organizó a tenor de los principios de Mayo. Y el derecho patrio se ha modelado de acuerdo con esas condiciones fundamentales, elevadas a valores trascendentes de la nacionalidad*»<sup>5</sup>.

Pero el año de 1810 no sólo sería significativo para el futuro argentino por los sucesos anteriormente descriptos.

En San Miguel de Tucumán, el 29 de agosto, nacía Juan Bautista Alberdi. Hijo de don Salvador Alberdi y de doña Josefa Rosa de Aráoz y Balderrama, pareciera que el destino hubiese querido que la patria tuviera en el prócer tucumano a su mejor abogado y difusor de su ideario desde su mismo surgimiento.

Comenzaba ese mismo día una vida plagada de ausencias para Alberdi porque, producto de su alumbramiento, muere su madre, lo que deja en él una huella de angustia y hasta de culpabilidad, que lo lleva a exclamar, con profunda amargura, que tal acontecimiento fue su primera desgracia<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Helio J. ZARINI, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 133. Es por eso que, en la misma línea de ideas, Germán Bidart Campos señala que los primeros antecedentes de la Constitución de 1853 se remontan al año de la Revolución de Mayo, iniciándose en dicha circunstancia lo que denomina «*ciclo de la independencia*» (Germán BIDART CAMPOS, *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pág. 13).

<sup>6</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 34.

Era el hogar de los Alberdi Aráoz, un lugar en donde el proceso revolucionario iniciado en Buenos Aires encontraba no sólo un eco favorable sino también un constante accionar para su propagación.

En este sentido, relata el ilustre tucumano que su padre, «... *además de servir a la causa de América con su dinero, la sirvió con sus luces, explicando a los jóvenes de ese tiempo, en sesiones privadas, los principios y máximas del gobierno republicano, según El contrato social de Rousseau, tomado por texto*»<sup>7</sup>.

Además, Alberdi encuentra entre los mejores recuerdos de su infancia, el cariño que le dispensó el contacto con otro prohombre de la nacionalidad -insuficientemente valorado por la historia argentina-, Manuel Belgrano -de estrecha amistad con su padre-, llegando, inclusive, a jugar «*con los cañoncitos que servían a los estudios académicos de sus oficiales en el tapiz de su salón de su casa de campo en la Ciudadela*» y a «*aprender a leer y escribir en la escuela pública, que fundó ... con sus sueldos personales*»<sup>8</sup>.

Es posible apreciar cómo, a partir de sus primeros años de vida, tanto por los acontecimientos que sacudían al país, como por enseñanza y contacto con las personas cercanas a él, los ideales de libertad y los ejemplos republicanos fueron tallando al niño que entonces era Alberdi. Fueron su *cuna*.

Alberdi y su patria habían nacido juntos e iniciaban el recorrido de vidas paralelas destinadas, como lo demostrarían los hechos, a transitar unidas.

## *II.2. Testigo del desencuentro argentino*

La Declaración de Independencia el 9 de julio de 1816 complementó la ruptura con España, iniciada apenas seis años antes. Según lo señala

---

<sup>7</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 33.

<sup>8</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 35.

Germán Bidart Campos, «*lo que 'se hizo' en 1810, 'se dijo' en 1816 que se había hecho, formalizando en una declaración pública y oficial la emancipación ya consumada*»<sup>9</sup>.

Sin embargo, la confianza depositada en que las Provincias Unidas del Río de la Plata iniciaban bajo el amparo de la libertad un nuevo tiempo de paz y progreso, rápidamente se diluyó. Las ideas tendientes a la organización institucional del país dividieron a los grupos políticos existentes en posturas antagónicas e impermeables, iniciándose una etapa signada por sangrientos enfrentamientos entre aquéllos, que hicieron naufragar los proyectos más importantes surgidos con ese objetivo.

Así, y por ejemplo, la sanción de la Constitución de 1819, de fuerte sesgo unitario, al no contemplar disposición alguna sobre sus autonomías ni sobre el funcionamiento de las municipalidades, determinó la violenta reacción de las provincias, al ver que el federalismo por ellas esgrimido se derrumbaba.

Los primeros alzamientos se producen en el Litoral, y se hacen extensivos al resto de los estados provinciales. «*La nación entera estaba convulsionada. Desde el Litoral a Cuyo, desde el centro al norte, todo estaría rebelado contra un orden de cosas que conspiraba contra la esencia de la realidad histórica*»<sup>10</sup>.

Con ese dramático panorama, que también había tenido como escenario a su amada Tucumán, y luego del fallecimiento de su padre en 1822, Alberdi emprenderá viaje con destino a la ciudad de Buenos Aires, en donde continuará su formación en el prestigioso Colegio de Ciencias Morales, inspirado en el espíritu modernizador de Rivadavia.

Como le ocurriría a cualquier joven provinciano en la actualidad, no deja de asombrarse con el esplendor y desarrollo alcanzado por la gran metrópoli porteña. Tendrá frente a sus ojos las pruebas más que elocuentes de los resultados de una injusta distribución de los ingresos aduaneros del

---

<sup>9</sup> Germán BIDART CAMPOS, *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pág. 27.

<sup>10</sup> José Rafael LÓPEZ ROSAS, *Historia constitucional argentina*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 254.

país: febril actividad comercial, gran cantidad de nuevas e importantes edificaciones y gente, mucha gente, que rumoreaba en distintas lenguas.

Comenzaban, quizás, a flotar en su poderosa mente, las primeras y vagas imágenes de unas nuevas *bases* sobre las cuales organizarlo, con el objetivo de lograr su desarrollo armónico.

Situado en la «manzana de las luces» -por su vecindad con la Universidad, la Biblioteca Pública y la Sala de Representantes-, el Colegio ofreció un panorama sombrío al joven tucumano. Cuando ingresó por primera vez en aquella mañana del mes de agosto de 1824 -describe José Ignacio García Hamilton-, «... advirtió que el día estaba nublado. Las habitaciones eran oscuras y pequeñas gotas de humedad chorreaban de las paredes» <sup>11</sup>.

La rígida disciplina interna, largas horas de estudio de materias que no despertaban su interés y la ausencia -su inseparable compañera- de madre, de padre, de amigos, de las mañanas llenas de sol de su tierra, sumergieron a Alberdi en una profunda melancolía y lo llevaron a abandonar la institución pasados pocos meses de su arribo.

Los claustros del Colegio habían sido una cárcel para un espíritu tan golpeado en tan escaso tiempo de existencia. Débil en lo físico y con su timidez a cuestas, se despidió de su director, Miguel de Belgrano.

Este otro Belgrano -tan distinto al general que le brindaba su cariño cuando era niño-, deseándole suerte, murmuró en voz baja que era «*un mequetrefe infeliz*», agregando: «*No servirá ni para el comercio*» <sup>12</sup>. Pese a su visión y dichos, la frágil figura que al partir cruzaba el umbral de la puerta de su despacho estaba destinada a ser el constructor por antonomasia de la República.

Reconociendo que su primer y fugaz paso por el Colegio había resultado en algo provechoso, afirmaba Alberdi que «*La escuela de latín ejerció un influjo decisivo en los destinos de mi vida. Allí adquirí dos amistades, que no fueron las de Horacio y Virgilio: he dado en*

---

<sup>11</sup> José Ignacio GARCÍA HAMILTON, *Vida de un ausente*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997, pág. 30.

<sup>12</sup> José Ignacio GARCÍA HAMILTON, *Vida de un ausente*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997, pág. 32.

*mi vida cinco exámenes de latín en que he sido sucesivamente aprobado, y apenas entiendo ese idioma muerto. Los amigos que allí contraje fueron Miguel Cané y el estilo de Juan Jacobo Rousseau: por el uno fui presentado al otro»*<sup>13</sup>.

Alberdi, manifestando sus preferencias literarias, criticó desde entonces la enseñanza de lenguas que, como el latín, consideraba muertas e inútiles para la vida de aquel tiempo de incipiente dinamismo político, económico y social<sup>14</sup>.

Una vez abandonado el Colegio, comienza a trabajar en una tienda perteneciente a Juan B. Maldes, ubicada al frente de aquél. Dedicó allí gran cantidad de horas a la lectura, demostrando su apego al cultivo del intelecto. Era de prever que, arrepentido de haber abandonado los estudios, en 1827 decidiera retornar al establecimiento, con ánimo y actitud diferentes.

Por otro lado, había adquirido Alberdi buenos conocimientos en el arte de la música<sup>15</sup> los que, junto a su natural talento y espíritu romántico, le permitieron estar presente en la gran mayoría de las tertulias de la más distinguida sociedad de la época<sup>16</sup>, disfrutando de esa cuota de frivolidad tan necesaria en la adolescencia para equilibrar los rigores del estudio y que le

<sup>13</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 40.

<sup>14</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XIII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 53.

<sup>15</sup> Apenas supera los veinte años de edad, Alberdi escribe sus primeros ensayos, precisamente sobre música. Ellos son «El espíritu de la música» y «Método para aprender a tocar el piano con la mayor facilidad». Resaltando sus condiciones musicales señalan Nora Malamud y Jorge Vázquez Santamaría que «*Aun a pesar de que la música en Alberdi no es su característica más importante -sucede que es la característica menos tratada, menos tomada en serio- le cabe el honor de ser, junto con Amancio Alcorta y Juan Pedro Esnaola, uno de los precursores de la música argentina*», en Nora MALAMUD- Jorge VÁZQUEZ SANTAMARÍA, «Alberdi, músico», en *Rev. Todo es Historia*, N° 206, junio de 1984, pág. 54).

<sup>16</sup> Por ejemplo, escribe Félix Luna, la presencia de Alberdi era «... casi infaltable en las tertulias y veladas en casa de María Sánchez de Thompson, la célebre Mariquita Sánchez, una de las personalidades más importantes de la sociedad porteña» (FÉLIX LUNA, *Juan Bautista Alberdi*, Colección *Grandes Protagonistas de la Historia Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, pág. 16).

había sido «recetada» por el Dr. Owgand, cuando el tucumano enfermó luego de su regreso al Colegio. «*Este método -escribe- sentó tan bien a mi salud, que de régimen medicinal se convirtió casi en un vicio mi afición a la vida de salones y fiestas. Ese fue el origen de mi vida frívola en Buenos Aires, que me hizo pasar por estudiante desaplicado*»<sup>17</sup>.

Por aquel tiempo, en Buenos Aires se había reunido otro Congreso Nacional con la finalidad -a esta altura, para nada original- de organizar constitucionalmente al país, habiendo sido designado Bernardino Rivadavia primer presidente de la República Argentina en 1826, con la urgencia de conducir las acciones de la guerra contra el Brasil.

La adopción por parte de los constituyentes, nuevamente, de un régimen unitario de gobierno, provocó la ira y el rechazo generalizado del texto constitucional por parte de las provincias, situación, entre otras, que provocó el abandono del poder por parte del primer mandatario. Se agudizaba en el país la disputa armada entre unitarios y federales, aunque son estos últimos los que logran consolidarse en el escenario político nacional, surgiendo las figuras de Estanislao López, Juan Facundo Quiroga y Juan Manuel de Rosas como sus máximos representantes.

La lucha fratricida no sólo puso en riesgo la conformación de nuestra nacionalidad, sino que también se transformó en una constante de la historia del país. La disputa entre «dos Argentinas», irreconciliables entre sí, ahogadas cada una en autismos ideológicos estériles, es aún hoy una triste realidad que se deja ver con crudeza. ¿Seremos los argentinos, algún día, capaces de plantear las diferencias en un marco de unidad, sin fracturas inconducentes?

Era éste, con certeza, uno de los tantos interrogantes que se planteaba Alberdi cuando observaba angustiada que el país se despedazaba de manera irremediable, en una disputa feroz.

Nuevamente, las imágenes de una nueva y posible realidad rondaban su pensamiento. Las *Bases* adquirirían contornos más definidos. Era el momento de comenzar su batalla, que lo llevaría a convertirse de un testigo del desencuentro en el gran realizador de la unidad nacional.

---

<sup>17</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, Buenos Aires, pág. 38.

### II.3. Las armas de la luz

En 1830, cerrado el Colegio de Ciencias Morales <sup>18</sup>, Alberdi se ve obligado a trasladarse a la casa de los abuelos de su amigo, Miguel Cané, en donde continuará con su habitual estilo de vida: estudios y diversión, en equitativa distribución.

Cuatro años más tarde, emprende viaje a Córdoba con la finalidad de finalizar sus estudios jurídicos -graduándose como bachiller en leyes-, para luego continuar su trayecto hasta su hermosa tierra natal <sup>19</sup>.

La emoción que le produjo volver a vivir por unos instantes los coloridos escenarios de su infancia no pudo detener la tristeza ocasionada por «... las escenas de una revolución sofocada en ese día, contra el gobierno del señor Heredia...» <sup>20</sup>. La disgregación y la confrontación permanente entre argentinos, en cualquier punto de la geografía del país, continuaban dejando una huella -cada vez más profunda- en su pensamiento.

A fines de ese año, Alberdi retorna a Buenos Aires, ignorando que al abandonar su terruño iniciaba un largo viaje que lo terminaría alejando -sólo físicamente- del país por muchos años, por no decir casi toda su vida.

---

<sup>18</sup> Fue Rosas quien toma tal decisión, por «motivos económicos», según lo afirma Félix Luna (Félix LUNA, *Juan Bautista Alberdi*, Colección *Grandes Protagonistas de la Historia Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, pág. 19).

<sup>19</sup> «Ruego -Alberdi relata orgulloso- a los que crean que yo pondero mucho se tomen la molestia de leer un escrito sobre Sud América, que el capitán Andrews publicó en Londres en 1827. Advirtiéndome que el testimonio de este viajero debe ser tanto menos sospechoso cuanto que pocos países le eran desconocidos, y que su carácter no dio motivo para creer que fuera capaz de mentir por mero gusto. Y adviértase que los juicios de Mr. Andrews no son como los míos, sino que son comparativos. No dice como yo que Tucumán es bellísimo, sino que dice 'que en punto a grandeza y sublimidad, la naturaleza de Tucumán no tiene superior en la tierra'; que 'Tucumán es el jardín del universo'. Yo me dispengo de citar más a Mr. Andrews porque todo su artículo relativo a Tucumán se compone de expresiones semejantes; y para que no se me tache de parcial creo que aquellas pocas palabras son suficientes» (Juan Bautista ALBERDI, «Memoria descriptiva sobre Tucumán», en *Mi vida privada y otros textos*, Fondo Nacional de las Artes, Buenos Aires, pág. 89).

<sup>20</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Fondo Nacional de las Artes, Buenos Aires, pág. 45.

Con el arribo de Rosas al poder en dicha provincia -en diciembre de 1829- se generaron grandes expectativas en torno a su figura, en la que muchos creían como la única capaz de encauzar el destino de un país fragmentado por la incesante guerra civil entre unitarios -a las órdenes de Paz- y federales -como ya dijimos, con López, Quiroga y Rosas a la cabeza-.

Por tal motivo, la Junta de Representantes porteña sucesivamente le concedió «facultades extraordinarias», lo consagró «Restaurador de las leyes e instituciones» y le otorgó en 1835, en definitiva, «la suma del poder público».

Ante tales prerrogativas, la tiranía estaba a un paso, iniciándose, finalmente, y dando origen a uno de los más extensos -más de veinte años- y trágicos períodos de nuestra historia, en donde la violencia, la intolerancia, el exilio y muerte de los opositores al régimen instaurado por Rosas serían moneda corriente, quedando convertidas, nuevamente, la unidad, la institucionalización y la pacificación del país en un deseo frustrado <sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sin lugar a dudas, Juan Manuel de Rosas es uno de los protagonistas más controvertidos de la historia argentina y que mayores y más duras polémicas ha despertado entre sus admiradores y adversarios de todos los tiempos. Escapa a la finalidad del presente trabajo ahondar en la disputa acerca de los beneficios de su gobierno, respecto de la cual únicamente asumimos una posición relacionada con el problema de la organización constitucional del país que, desde nuestro punto de vista, retrasó, basado en razones que tenían como finalidad preservar su poderío político -extendido, incluso, más allá de las fronteras de la provincia de Buenos Aires-, más que aguardar el momento oportuno a tal efecto. Es ilustrativo de lo que acabamos de sostener la carta que el 4 de octubre de 1831 Rosas le envía a Quiroga luego de un importante revés unitario a manos de los caudillos federales y una vez firmado el Pacto Federal en ese mismo año -circunstancias que propiciaban la salida institucional-. En la misiva Rosas expresa, entre otros muchos conceptos, que «... *obtenida la paz general, estando encargado el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires de cultivar las relaciones exteriores, se halla ya provista la primera necesidad general, para figurar en cuerpo de República. En seguida de esto lo que principalmente importa es que cada provincia se arregle, se tranquilice interiormente y se presente marchando de un modo propio hacia el término que le indique la naturaleza de sus elementos y recursos de prosperidad... Son muchísimos y absolutamente indispensables los embarazos actuales para entrar ya en una organización general. En primer lugar los hombres todos de más capacidad, que son bien pocos, han quedado aturridos con este espantoso sacudimiento que aún no ha cesado del todo: ellos ven su país; pero se les presenta desconocido y en un estado en que jamás lo han visto, y por consiguiente nadie puede saber ni lo que es, ni que será, ni menos la posición*

La libertad y los ideales republicanos nacidos en 1810 fueron aniquilados. El país se sumergió en un profundo cono de sombras, bajo el imperio del terror, convertido en ley por Rosas. Pese a ello y tal como afirma Germán Bidart Campos, «*En el mal de la tiranía rosista había, sin embargo, algo rescatable. Los remedos doctrinarios de la Europa dieciochesca y los fracasos de organización en 1819 y 1826 pusieron intensamente de relieve que era imprescindible asentar un nuevo régimen político en bases realmente populares (entendiendo por populares aquéllas en que plasmaban la ideología y el sentimiento mayoritariamente compartidos). Y si estamos bien lejos de suponer que Rosas tradujo con fidelidad el pensamiento de Mayo, estamos, en cambio, autorizados a pensar que el funesto sistema por él establecido abrió los ojos a los hombres de la generación de 1837, que volvieron su mirada a lo más autóctono y espontáneo de nuestra comunidad*»<sup>22</sup>.

Producto de esta reacción y luego de algún y efímero intento previo<sup>23</sup>, en el mes de junio de 1837, quedó inaugurado en la trastienda de la librería de Marcos Sastre el Salón Literario, sitio en donde sus integrantes se habían propuesto estudiar los grandes temas que se debatían en aquel tiempo, en un intento de encontrar las soluciones que el país exigía iniciada su conflictiva vida independiente, y siguiendo las ideas imperantes en Europa, fundamentalmente en Francia.

---

*relativa en que cada pueblo se colocará respecto de los demás... En segundo lugar han quedado los hombres tan intimidados los unos, tan exaltados los otros, y tan arruinados todos que no será al presente posible encontrar el número necesario de los que deban emprender esta tan grande como delicada obra con la serenidad de ánimo que es tan necesaria ni con toda aquella luz que solamente dan la experiencia, el saber y la meditación... A todo esto agréguese que esa clase de reuniones es muy costosa a toda la República, y que en el estado de pobreza en que han quedado los pueblos, no hay cómo costearlas...» (Enrique M. BARBA, *Correspondencia entre Rosas, Quiroga y López*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, pág. 51).*

<sup>22</sup> Germán BIDART CAMPOS, *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pág. 103.

<sup>23</sup> Fundada por Miguel Cané, la Asociación de Estudios Históricos y Sociales tuvo una corta vida durante algunos meses de 1832.

De esta forma, autores de la talla de Jouffroy, Condorcet, Leroux, Vico, Herder, Lerminier, Bentham, Béranger, Saint Simon, Hugo, Quinet, Schlegel, Lamartine, Staël, Chateaubriand, Scott, Vigny, Condillac, Cousin, Byron, Montesquieu, Rousseau, entre tantos otros, comenzaban a sonar familiares en el más selecto sector de la sociedad porteña.

Impregnando a sus palabras de un fervor incomparable, y asumiendo el compromiso y un liderazgo que las circunstancias históricas y sus condiciones personales le reclamaban, fue Esteban Echeverría quien con lucidez fijaría los objetivos trascendentales del Salón, en el discurso que allí pronunció, en el mes de septiembre de 1837. «*¿Qué causa -se preguntaba- nos ha reunido en este recinto? Fácil es discernirla. Ahora que no nos pide la patria una idolatría ciega, sino un culto racional; no gritos de entusiasmo, sino la labor de nuestro entendimiento; porque el entusiasmo ardoroso y la veneración idólatra, si bien útiles y necesarios en épocas heroicas para conmover y electrizar los pechos, no lo son en aquéllas en que debe reinar la fría y despreocupada reflexión. Ya no retumba el cañón de la victoria, ni tumulto alguno glorioso despierta en nosotros espíritu marcial y nos abre el camino de la gloria; pero tenemos patria y queremos servirla, si no con la espada, al menos con la inteligencia...*», agregando que «*... Corridos y aleccionados hemos entrando en nosotros mismos con el fin de conocernos, hemos procurado discernir el mundo que nos rodea, lo que la patria exige de nosotros y el blanco a donde deben encaminarse nuestras nobles ambiciones. En una palabra: hemos querido saber cuál es la condición actual de nuestra sociedad, cuáles sus necesidades morales y cuál es, por consiguiente, la misión que nos ha cabido en suerte. He aquí, sin duda, el secreto móvil que nos ha impelido*»<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Esteban ECHEVERRÍA, *Obras completas*, Buenos Aires, Ediciones Antonio Zamora, 1951, pág. 200. Fue el propio Marcos Sastre quien expresó, mediante una carta dirigida a Echeverría, que era él la persona indicada para conducir al Salón, ya que reunía «*... el don de la palabra, el crédito literario y la edad juvenil...*», alentándolo a «*... poner en acción estos poderosos resortes...*» y a no esperar «*... que se inutilicen, por falsas doctrinas y las pretensiones de algunas cabezas incapaces de empuñar el cetro de la inteligencia...*». (William KATRA, *La Generación de 1837*, Buenos Aires, Emecé, 2000, pág. 61).

Este ámbito de reflexión y encuentro de jóvenes preocupados por la realidad que les tocaba vivir, tendría una corta permanencia temporal, pero su proyección ideológica resultó amplia y fecunda, ya que daría lugar al nacimiento, como vimos, de la célebre «Generación del '37», cuyos postulados conformarían la base filosófica y política para emprender la organización institucional definitiva, rescatando el sepultado -al menos, momentáneamente- ideario de Mayo como guía a tal efecto.

Pese al escaso aire de libertad que se respiraba bajo su gobierno, las primeras manifestaciones del Salón Literario tuvieron un contenido moderado -en algunos casos, elogiosos- con Rosas, pues aún existían esperanzas ciertas en torno a la posibilidad de que fuera quien sacara al país de su sangrienta lucha intestina.

Por dicha razón, y luego de enunciar los objetivos generales del Salón -entre los que destaca la necesidad de formar una gran biblioteca y la de realizar cursos científicos regulares, sin olvidar el estímulo de los oficios industriales-<sup>25</sup>, Sastre expresaba en la sesión inaugural que *«El gran Rosas es el hombre elevado por la sola fuerza de su genio al alto grado de influencia y fama, que le pone en aptitud de rechazar toda reacción extraña y anárquica que intente oponerse a la realización de las esperanzas de la Nación»*<sup>26</sup>.

A su turno, y como segundo orador de la noche, Alberdi hablaría acerca de la *«... doble armonía entre el objeto de esta institución, con una exigencia de nuestro desarrollo social, y de esta exigencia con otra general del espíritu humano»*. Con gran solvencia, el discurso se centra en el análisis de las causas del momento histórico por el cual está atravesando la Nación y qué perspectivas se vislumbran para ella en el futuro cercano, estructurando los cimientos de una filosofía nacional.

Afirma Alberdi, en primer término, que el proceso libertario iniciado en mayo de 1810 no se debe únicamente a las causas menores y tan ampliamente divulgadas por la historia -como son las relacionadas con

---

<sup>25</sup> Olsen A. GHIRARDI, *El derecho natural en Alberdi*, Córdoba, El Copista, 1997, pág. 73.

<sup>26</sup> Bernardo CANAL FEIJOÓ, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 104.

los acontecimientos políticos en la Europa napoleónica o al mal manejo del gobierno por parte de las autoridades españolas en América-, sino que es el producto del movimiento desencadenado por una «ley universal del progreso humano», respecto del cual las primeras son, solamente, una forma de inserción.

En el marco de esta ley general de progreso, enseña Alberdi, *«El desarrollo... es el fin, la ley de toda la humanidad: pero esta ley también tiene sus leyes. Todos los pueblos se desarrollan necesariamente, pero cada uno a su modo: porque el desenvolvimiento se opera según ciertas leyes constantes, en una íntima subordinación a las condiciones de tiempo y espacio. Y como estas condiciones no se reproducen jamás de una manera idéntica, se sigue que no hay dos pueblos que se desenvuelvan de un mismo modo... Al caer bajo la ley del desenvolvimiento progresivo del espíritu humano, nosotros no hemos subordinado nuestro movimiento a las condiciones propias de nuestra edad y de nuestro suelo... Así, señores, seguir el desarrollo, no es hacer lo mismo que hicieron nuestros padres, sino aquello que no hicieron, y debieron hacer. Continuar la vida principiada en Mayo, no es hacer lo que hacen la Francia y los Estados Unidos, sino lo que nos manda hacer la doble ley de nuestra edad y nuestro suelo: seguir el desarrollo es adquirir una civilización propia, aunque imperfecta, y no copiar las civilizaciones extranjeras, aunque adelantadas»*<sup>27</sup>, denunciando que sólo de esta forma superaremos el error de habernos *«figurado de la estatura del mundo libre sólo porque habíamos tomado un papel en el inmenso drama»*, mediante los sucesos revolucionarios de 1810<sup>28</sup>. En el camino de la búsqueda de su desarrollo e identidad, era menester para el pueblo, entonces, *«ser él mismo: lo natural, lo normal, nunca es reprochable»*<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Bernardo CANAL FEIJOÓ, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 108; Olsen A. GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1993, pág. 148; *El derecho natural en Alberdi*, Córdoba, El Copista, 1997, pág. 71.

<sup>28</sup> Bernardo CANAL FEIJOÓ, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 109.

<sup>29</sup> Bernardo CANAL FEIJOÓ, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 110.

En esta tarea, y en expresiones que le significarán duras críticas <sup>30</sup>, destaca el papel que Rosas viene desarrollando, al afirmar que «*el grande hombre*» cuenta con la «*capacidad de intuición, por una habitual*

---

<sup>30</sup> Las principales voces que se alzaron en contra del discurso de Alberdi fueron las de Varela, Avellaneda, Cané y Lamas, llegando este último, incluso, a acusarlo de brindar los argumentos teóricos al pensamiento rosista. Sin embargo, creemos, las expresiones de reconocimiento que presta Alberdi a Rosas en su discurso al inaugurar el Salón Literario, que luego se reiterarán en el prefacio de su primera obra de cierta envergadura, el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, no deben ser tomadas como una adhesión irrestricta al pensamiento de este último. Las razones que llevaron al tucumano a expresarse de tal forma, como lo venimos sosteniendo, se vinculan al hecho de que toda manifestación cultural de la época debía tomar sus precauciones para no afectar al sensible régimen vigente y a que desde su punto de vista, aún existían motivos para creer que sería Rosas el llamado a poner fin a los crueles antagonismos entre unitarios y federales, que salpicaban con sangre todo el territorio del país. El clima de intolerancia desencadenado poco tiempo después llevó a Alberdi a un cambio de postura y a una tenaz oposición al gobierno rosista, tanto en la militancia política -en el país y en el extranjero- como en las páginas de sus obras posteriores. En este último aspecto, por eso, descalifica a Rosas tildándolo de «*dictador*» cuando aborda el tema de la capital de la Confederación Argentina (Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XXVI, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 142), y a su gobierno como «*dictatorial*», aludiendo a su viaje a Montevideo sin haberse recibido de abogado para evitar jurarle fidelidad por una ley que así lo exigía (Juan Bautista ALBERDI, «*Mi vida privada*», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 49). Poco tiempo después de sancionada la Constitución Nacional en 1853, y como encargado de los asuntos externos de la Confederación Argentina, Alberdi conoció personalmente a Rosas, con el cual tuvo una agradable entrevista en Londres y en donde, a nuestro criterio, nos muestra su espíritu amplio y desprovisto del ánimo de revancha, con el que siempre intentó sortear las contiendas que consideraba inconducentes para el progreso del país. Describe que cuando lo vio por primera vez, «*Hablaba en inglés con las damas cuando yo entré. El señor Dickinson -quien había concretado la entrevista y en cuya casa se produjo el encuentro- nos presentó, y me dio la mano con palabras corteses. Poco después, me habló aparte, sentándonos en sillas puestas por él ambas. Me encargó de asegurar al general Urquiza, la verdad de lo que me decía como a su representante en estas cortes: 'que estaba intensamente reconocido por su conducta recta y justa hacia él; que si algo poseía hoy para vivir, a él se lo debía.'* Me renovó a mí sus palabras de respeto y sumisión al gobierno nacional...» agregando que «*... Al ver su figura toda, le hallé menos culpable a él que a Buenos Aires por su dominación, porque es la de uno de esos locos y medianos hombres en que abunda Buenos Aires, deliberados, audaces para la acción y poco juiciosos. Buenos Aires es el que pierde de concepto a los ojos del que ve a Rosas de cerca -¿Cómo ha podido este hombre dominar ese pueblo a tanto extremo?- es lo que uno se repite dentro*

*virtud del genio» para «ensayar de imprimir a la política una dirección completamente nacional»<sup>31</sup>.*

El último orador en el acto de inauguración fue Juan María Gutiérrez. En general, siguió los lineamientos trazados por Alberdi pero, a diferencia de éste y Sastre, no mencionó a Rosas, omisión que manifestaba una clara oposición al régimen por éste impuesto.

Estas posturas políticas contradictorias reinantes entre sus integrantes<sup>32</sup>, junto a los perfiles totalitarios del gobierno de Buenos Aires, cada vez más inquieto por la actividad desplegada por este centro difusor de ideas, determinaron su rápida disolución y el comienzo forzoso de la actividad clandestina de sus miembros. Parecía, según Alberdi, que *«La única forma en que la libertad de asociación podía existir, fue la que asumió la Mazorca. Para azotar a los liberales era lícito asociarse, y para estudiar la libertad, la asociación era un crimen de traición a la patria. El Salón Literario estaba condenado a desaparecer: porque era público»<sup>33</sup>.*

---

*de sí al conocerle...», para finalizar diciendo que «... Después de Balcarce, ningún porteño en Europa me ha tratado mejor que Rosas, anoche, como a representante de la Confederación Argentina...» (Juan Bautista ALBERDI, Recuerdos de viaje y otras páginas, Buenos Aires, Eudeba, 1962, pág. 91 y ss.).*

<sup>31</sup> Bernardo CANAL FEIJÓ, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 110.

<sup>32</sup> Por tal motivo, por ejemplo, Florencio Varela anunciaba una escasa vida a esta institución tan heterogénea en su composición. Era difícil, sostenía, que la mentalidad conservadora de Sastre pudiera convivir con el pensamiento progresista de Echeverría y que Alberdi -a quien caracteriza como apresurado y soberbio- pueda cooperar seriamente con ella con algún aporte de importancia. Finalmente, hace alusión a la diferencia de edades existentes en su seno, ya que conviven los jóvenes del 37' junto a los integrantes de otras generaciones, como es el caso de Vicente López y Planes. Florencio Balcarce, a su vez, encuentra una evidente contradicción entre los discursos de Sastre y Gutiérrez, que determinará que, seguramente, el Salón muera antes de nacer. Por otra parte, no comprende a Alberdi, afirmando que *«si sus ideas son extravagantes, su lenguaje no lo es menos»* (Bernardo CANAL FEIJÓ, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955, pág. 112).

<sup>33</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 52.

En contraste con el perfil académico de la extinguida asociación, había llegado para sus integrantes la hora de unificar criterios y de tener un mayor activismo político en la vida nacional.

Es así como el 23 de junio de 1838, tomando como modelo las sociedades secretas que abundaban en Francia e Italia y con una plena identificación con el romanticismo de la época, poco más de treinta jóvenes constituían la célebre agrupación Asociación de Mayo. En esa misma reunión se leyó y adoptó el *Código* o la *Creencia* que, inspirado en el pensamiento de Echeverría, fue síntesis de las ideas que el grupo defendería y difundiría en la lucha iniciada en pos de la organización nacional y que a partir de 1846 se conocería con el nombre de *Dogma socialista* <sup>34</sup>.

Es el propio Echeverría quien, en las primeras palabras del *Dogma*, manifestaba con elocuencia la propuesta política del grupo, al afirmar que «*Todos los partidos desde el principio de la Revolución han gritado y se han hecho la guerra a nombre de la libertad; Rosas, Oribe, y muchos de sus antagonistas, vociferan también libertad; pero ¿qué es la libertad? La libertad soy yo, contestarán. Cada uno ha llamado libertad, decía Montesquieu, al gobierno más conforme*

---

<sup>34</sup> El ideario de la Joven Argentina se plasmó en conceptos fundamentales comprendidos en las famosas «*quince palabras simbólicas*»: 1. Asociación, 2. Progreso, 3. Fraternidad, 4. Igualdad, 5. Libertad, 6. Dios, centro y periferia de nuestra creencia religiosa: el cristianismo su ley, 7. El honor y el sacrificio, móvil y norma de nuestra conducta social, 8. Adopción de todas las glorias legítimas, tanto individuales como colectivas de la revolución; menosprecio de toda reputación usurpada e ilegítima, 9. Continuación de las tradiciones progresivas de la revolución de Mayo, 10. Independencia de las tradiciones retrógradas que nos subordinan al antiguo régimen, 11. Emancipación del espíritu americano, 12. Organización de la patria sobre la base democrática, 13. Confraternidad de principios, 14. Fusión de todas las doctrinas progresivas en un centro unitario, 15. Abnegación de las simpatías que puedan ligarnos a las dos grandes facciones que se han disputado el poderío durante la revolución (Esteban ECHEVERRÍA, «*Obras completas*», Buenos Aires, Ediciones Antonio Zamora, 1951, pág. 230). Si bien reconocemos la autoría intelectual de Echeverría en las ideas que reunían a la Joven Argentina, Alberdi tendrá influencia decisiva en el tema vinculado a la fusión de las orientaciones unitarias y federales, que marcaban una clara división en la política de entonces (William KATRA, *La Generación de 1837*, Buenos Aires, Emecé, 2000, pág. 67).

a sus inclinaciones. Nosotros decimos desde el año 37: Mayo, Progreso, Democracia y explicamos esa fórmula»<sup>35</sup>.

Señala Raúl Orgaz que «La obra -en el triple concepto con que era definida por su autor: credo, bandera y programa- fijaba los tres momentos de todo desarrollo que alcanza su plenitud. Así, era credo en cuanto partía de las tradiciones revolucionarias de Mayo, devotamente exaltadas por la Asociación; era estandarte, porque su punto de arranque importaba solidarizar creencias, aspiraciones y fatigas en la lucha contra el régimen de Rosas; era, en fin, programa para la labor de regeneración que se emprendería, lograda la victoria. Se necesitaba creer para combatir y combatir para regenerar»<sup>36</sup>.

Muchos fueron los que levantaron sus críticas en contra de la Asociación de Mayo y su doctrina<sup>37</sup>. Se sostuvo que sus postulados resultaban contradictorios y vagos, que se basaban en ideologías en retroceso y que sus defensores parecían vivir en un mundo utópico, irreal. Reconociendo que muchas de las observaciones resultaron acertadas, rescatamos la importancia del papel desplegado por esta agrupación cuyos principios, resumidos en el *Dogma socialista*, sirvieron de prenda de unidad y de identidad a una nueva generación de argentinos, que encontró en ellos una innegable fuente de inspiración para la lucha cívica encaminada a la renovación de la sociedad.

El accionar de la denominada «generación del '37", sería, primero controlado y después prohibido y reprimido violentamente por parte de la tristemente conocida «Mazorca», instrumento de intimidación y represión de la tiranía.

Esta circunstancia, que hacía peligrar no sólo el futuro de la agrupación sino la vida misma de sus integrantes, obligó a muchos de ellos a exiliarse y a reorganizar su vida lejos del país. Intentando encontrar algu-

---

<sup>35</sup> Esteban ECHEVERRÍA, *Obras completas*, Buenos Aires, Ediciones Antonio Zamora, 1951, pág. 226.

<sup>36</sup> Raúl ORGAZ, *Obras completas*, Córdoba, Assandri, 1950, t. II, pág. 347.

<sup>37</sup> Por ejemplo, Paul Groussac y José Ingenieros (William H. KATRA, *La Generación de 1837*, Buenos Aires, Emecé, nota 102, pág. 385).

na respuesta a la triste realidad que lo aleja de su tierra -sin saberlo, por largos años-, escribe Alberdi que *«Esta es la gran lección que surge de mi vida, a saber: que no puede haber ciencia, ni literatura, sin completa libertad, es decir, sin la seguridad de no ser perseguido como culpable, por tener opiniones contrarias al gobierno y a las preocupaciones mismas que reinan en el país»* <sup>38</sup>.

Pese a ello, ni la intolerancia, ni la violencia, ni el destierro pudieron apagar el fuego sagrado del alma de los miembros de la Asociación de Mayo y el noble objetivo en el que estaban compenetrados y que, en palabras de San Pablo, presidía la entrada al Salón de Sastre: *«Abjiciamus opera tenebrarum et induamur arma lucis»*, es decir, *«Arrojemos las obras de las tinieblas y revistámonos de las armas de la luz»*. Las sombras del oscurantismo, reinante durante tantos años en nuestro país, comenzaban a disiparse ante *las armas de la luz*: los ideales y los sueños de una nueva camada de patriotas.

Alberdi cruzaría el Río de la Plata y se instalaría a partir del año 1838 en Montevideo, ciudad en donde residiría por poco tiempo antes de emprender su viaje a Europa y desde la cual seguiría combatiendo a Rosas, convirtiéndose, sin duda alguna, en uno de sus adversarios más importantes y en el líder indiscutido de la Asociación de Mayo, tanto por su inteligencia -reflejada en la calidad de sus obras-, como por su decidida actitud militante.

Como un símbolo imborrable del combate que comenzaba, escribe que *«Antes de estar a una milla de la orilla... saqué del ojal de mi levita la divisa roja que a todos nos ponía el gobierno de ese tiempo y la eché al agua con algunas palabras bromistas que dieron risas a los testigos»* <sup>39</sup>.

Alberdi iniciaba con el exilio una etapa brillante en su producción intelectual, convencido de que el ideario de Mayo, renacido por la Asociación de Mayo, debía concretarse en la realidad; caso contrario, todo el

---

<sup>38</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 54.

<sup>39</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 56.

esfuerzo realizado sería estéril. Lo obsesionaba la sanción de una constitución que materializara los fines propuestos por la agrupación.

Todos los que tildaron de cobarde al tucumano, pensando que huía presuroso ante el peligro, no advirtieron que, como un buen torero, Alberdi se aprestaba para herir de muerte a la dictadura de Rosas. Si las frases de adhesión a éste, tanto en el discurso de inauguración del Salón Literario como en el prefacio del *Fragmento preliminar al estudio del derecho* le posibilitaron conocer la pista, tener un primer encuentro con su enemigo y observarlo minuciosamente en su estado de tranquilidad, su accionar a través de la Asociación fue el comienzo de la lucha cuerpo a cuerpo contra el feroz adversario, al que logró fatigar y hacer perder su propio dominio y casi todas sus fuerzas. Faltaba la embestida final, la espada en el corazón del totalitarismo que azotaba desde hacía mucho tiempo a la República. Faltaban las *Bases*, nada más que las *Bases*.

### III. Las Bases de Alberdi (lo cumplido)

#### III.1. La buena nueva de Caseros

Montevideo era el refugio escogido por un gran número de exiliados argentinos que habían logrado escapar a tiempo de las garras de la temible Mazorca. Residían en la ciudad uruguaya Florencio y Juan Cruz Varela, Salvador María del Carril, el general Juan Lavalle y muchos otros integrantes del partido unitario, que se agruparon en la denominada Comisión Argentina.

Alberdi no descansa un solo minuto en su prédica contra la tiranía de Rosas. Desde las páginas de *El Nacional* lanza sus mejores dardos contra su gobierno, intentando convencer al resto de los emigrados de la necesidad de tener un accionar más decidido en la contienda.

Mientras tanto, Francia, alegando supuestos malos tratos ejercidos contra sus nacionales por parte del gobierno de Buenos Aires, inicia como represalia un bloqueo naval al litoral argentino. En Montevideo, la noticia es bienvenida por Alberdi, quien la considera como la gran oportunidad que desde hace tiempo estaba aguardando para avanzar sobre el caudillo porteño.

Alberdi ha pensado en Lavalle como el hombre indicado para encabezar el ataque. En carta dirigida al general, explicita que «*Se trata*

*de una cosa, y es que Ud. acepte una gloria que le espera y una gran misión que le llama. Porque es Ud., señor, y sus gloriosos amigos... los que están llamados a dar la solución a esta inmensa cuestión, que bien pudiera considerarse como una segunda faz de la Revolución de Mayo»* <sup>40</sup>.

Luego de persuadir a Lavalle -que en un primer momento miraba con malos ojos el hecho de aliarse a una potencia extranjera de fuerte sesgo conquistador como era Francia-, comienzan los aprestos para la batalla.

El jefe de la rebelión, una vez que desembarca en Martín García gracias a la colaboración prestada por el almirante y jefe de la escuadra francesa, Louis Leblanc, en vez de dirigirse en primer lugar a Buenos Aires, decide invadir Entre Ríos, con el objetivo de sumar a las fuerzas correntinas contrarias a Rosas. Su estrategia resultó fatal. Los conspiradores que aguardaban su arribo en distintos puntos de la provincia de Buenos Aires son descubiertos y, en su gran mayoría, muertos por las fuerzas del régimen. Ante tal circunstancia, Alberdi cree que hay que avanzar sin demora hacia la ciudad porteña.

Lavalle, confiado en que la ciudadanía de Buenos Aires se levantará también en contra de Rosas uniéndose a sus fuerzas, detiene su marcha a pocos kilómetros de la capital, postergando el ataque. Sin embargo, su espera será inútil y decide comenzar la retirada, desanimado y sin presentar batalla. Tantas vacilaciones no podían tener otro resultado que el de hacer naufragar la operación orquestada desde el otro lado del Río de la Plata.

Sofocados todos los puntos de rebelión en el país, Rosas busca su revancha. Aliado al general Manuel Oribe, invade la Banda Oriental en 1843 y cerca a Montevideo. Ante la inminente caída de la ciudad en manos del enemigo, Alberdi -acompañado por Juan María Gutiérrez- decide abandonarla para dirigirse a Europa, tras sortear exitosamente el férreo bloqueo terrestre y marítimo establecido por aquél.

Tras una breve estadía en el viejo continente, y apesadumbrado por lo incierto de su destino, retorna a América para instalarse en 1844 en Chile, destino elegido por muchos de sus compatriotas

---

<sup>40</sup> Félix LUNA, *Juan Bautista Alberdi*, Colección *Grandes Protagonistas de la Historia Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, pág. 49.

exiliados, entre los que se encuentran Sarmiento, Mitre y los hermanos Rodríguez Peña, entre otros. Los principales asentamientos argentinos en el hermano país serán las ciudades de Santiago, Valparaíso y Copiapó. En todas ellas reciben un cordial trato no sólo por parte del gobierno a cargo del general Bulnes, sino también por parte de los pobladores de dichos centros urbanos.

Con el ejercicio de la profesión de abogado y sus diversos trabajos periodísticos -escribió en El Mercurio, El Comercio de Valparaíso y El Progreso-, Alberdi alcanza una vida cómoda y el reconocimiento del medio en el que desarrolla sus variadas actividades.

Cruzando la Cordillera de los Andes, todos los intentos por voltear a Rosas parecían inútiles. En este contexto, el poder político y económico de Buenos Aires alcanzaba sus más nítidos contrastes con la pobreza y el atraso del resto de las provincias argentinas. Finalizado un nuevo período como gobernador de la Provincia en 1850 y encargado «provisorio» de las relaciones exteriores de la Confederación Argentina, Rosas presenta su habitual renuncia -como un mero trámite- con la intención de obtener una cada vez mayor adhesión a su gestión y más poder para llevarla adelante. En dicha oportunidad se pretendió designarlo como Jefe Supremo de la Confederación, de por vida y con la suma del poder público en todo el país.

La reacción ante semejante atropello a la libertad no se hizo esperar y el 1° de mayo de 1851, el general Justo José de Urquiza daría a conocer su *Pronunciamiento* en contra de Rosas. En los considerandos del documento -en cuyo encabezamiento se reemplaza el lema «¡Mueran los salvajes unitarios!», por el de «¡Mueran los enemigos de la Organización Nacional!»-, el entrerriano señala que su estado de salud «no le permite por más tiempo continuar al frente de los negocios públicos, dirigiendo las Relaciones Exteriores y los asuntos generales de Paz y Guerra de la Confederación Argentina», y que ante tal situación había decidido «reasumir el ejercicio de las facultades inherentes a su territorial soberanía», que hasta ese instante estaban a cargo del gobernador de Buenos Aires, quedando la provincia de Entre Ríos, por ende, «en aptitud de entenderse directamente con los demás Gobiernos del Mundo hasta tanto que consagrada la

*Asamblea Nacional de las demás provincias hermanas, sea definitivamente constituida la República»*<sup>41</sup>.

Pese a su contenido, que limitaba sus efectos a la provincia de Entre Ríos, la proclama de Urquiza tuvo evidentes alcances nacionales y repercusiones fuera del país. Tras concretar diversas alianzas militares por las que se unieron a sus tropas fuerzas correntinas, uruguayas y brasileñas, inició el camino hacia Buenos Aires con la decisión de dar el golpe final a Rosas. Antes del combate, en la arenga a sus subordinados, Urquiza exclamaba: «... vamos a decidir de la suerte de una gran Nación que veinte años ha gemido bajo el pesado yugo de la tiranía del Dictador de los argentinos»<sup>42</sup>.

Finalmente, el 3 de febrero de 1852, en los campos de Caseros, las fuerzas de Urquiza derrotaron veloz y categóricamente a Rosas quien en medio de la contienda huyó para refugiarse en la legación inglesa, para después emprender su definitivo viaje a Inglaterra, país en donde moriría años después<sup>43</sup>.

Apenas llegado a Valparaíso, proveniente de una estadía de descanso en Lima, Alberdi fue sorprendido por José Borbón con la trascendental novedad: Rosas había sido derrotado a manos de Urquiza, abandonando el gobierno. Profundamente emocionados y con lágrimas en los ojos, la buena nueva fue celebrada con gran algarabía por el tucumano y sus compañeros de viaje -Juan María Gutiérrez, Bartolomé Aráoz e Ignacio Baz-. No era para menos: después de tantos años -¡más de cuarenta desde la revolución

---

<sup>41</sup> Isidoro RUIZ MORENO, *Rumbo a Caseros*, en Rev. Todo es Historia, N° 415, febrero de 2002, pág. 7.

<sup>42</sup> Isidoro RUIZ MORENO, *Rumbo a Caseros*, en Rev. Todo es Historia, N° 415, febrero de 2002, pág. 13.

<sup>43</sup> Es interesante transcribir el diálogo que una vez embarcado en el *Conflict* - buque que lo conduciría a Inglaterra-, mantuvieron el coronel Gerónimo Costa y Rosas, en el que surge con claridad el pensamiento de este último en relación a la ansiada organización constitucional del país. En tal sentido, e iniciando la conversación, Costa exclamó: «¡Lástima que no ha sido posible constituir el país!». La respuesta por parte de Rosas no se hizo esperar: «Nunca pensé eso». Sorprendido, el coronel preguntó: «¿Y entonces, por qué nos hizo pelear tanto?». Rosas, contestó nuevamente: «Porque sólo así se lo puede gobernar a este pueblo» (Isidoro RUIZ MORENO, *Rumbo a Caseros*, en Rev. Todo es Historia, N° 415, febrero de 2002, pág. 13).

de Mayo!- se abría un nuevo horizonte para un país herido y disgregado por obra de tantos desencuentros, violencia y opresión.

En carta de Manuel Guerrero a Alberdi -transcripta por Jorge Mayer-, se refleja cabal y artísticamente el significado que para los ciudadanos porteños -y, con seguridad, para los de todo el país- implicaba la renovación política que comenzaba a partir de Caseros. En relación con los sucesos ocurridos, escribe Guerrero: «... *A esa época de estruendo vergonzoso, que señalará la historia de nuestro país con negras páginas, sucedió la calma de un pueblo que no sufre, y no es broma: parece que las violetas nuestras son hoy más fragantes y hermosas*»<sup>44</sup>.

La victoria de Urquiza, además de significar el fin de la dictadura de Rosas, tendría fuertes connotaciones económicas, porque actualizaba la disputa de la Confederación con Buenos Aires en relación a la apertura de los ríos interiores a la libre navegación y a la distribución entre todas las provincias de los productos de la aduana, hasta ese momento bajo el monopolio porteño.

Luego de los festejos, y en un marco de mayor tranquilidad, Alberdi comprendió rápidamente que la victoria obtenida por Urquiza en el campo de batalla debía tener el urgente respaldo de una Constitución que permitiera consolidar el cambio político operado. Imaginamos que resonaba en su cabeza, incesantemente, aquella idea que venía gestándose desde hacía largos años de lucha: «*Faltan las Bases, nada más que las Bases*».

Sumergido en la tranquilidad de la quinta Las Delicias, vibran más que nunca en su memoria las palabras de Alcorta -quien lo introdujo en el conocimiento de la ley del desarrollo universal- y de su amigo Echeverría, con quien compartió los principios del *Dogma* y la utopía de la lucha por la construcción de un nuevo país, soñado tanto en el Salón Literario como en las reuniones que jóvenes idealistas hacían a escondidas de la tiranía bajo el nombre de Asociación de Mayo o, también, en el gris exilio.

Pero también, y aún atormentado, resuenan en sus oídos los disparos de fuego que costaron tantas vidas de argentinos. Vuelve «*a leer en el libro original de la vida real*»<sup>45</sup> -que es el que más ha hojeado- las

---

<sup>44</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 407.

<sup>45</sup> Juan Bautista ALBERDI, «Mi vida privada», en *Mi vida privada y otros textos*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, pág. 60.

páginas negras del desencuentro histórico de nuestro pueblo, que lo han tenido como testigo.

Queriendo ocultar sin demoras su angustia, recuerda a la perfección las mejores páginas de Vico, Herder, Savigny, Lerminier, Condorcet, Jouffroy, Cousin, Rousseau, Tocqueville, Bentham, Kant, Locke, Montesquieu o *El federalista*, que tanto ayudaron a formar sus ideas.

Ansiosa y finalmente, luego de recopilar y releer viejos y muchos artículos de su autoría, y tras casi tres meses de intensa labor intelectual, Alberdi concluía la redacción de su más reconocida obra.

La ley universal del desarrollo, anunciada por Alberdi en el Discurso de inauguración del Salón de Sastre y en su *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, es el principio filosófico que Alberdi cree debe presidir la futura constitución de los argentinos, cuyas bases y proyecto había elaborado. «*El filósofo -escribe Olsen Ghirardi- había pensado quince años antes lo que el constitucionalista escribiría después, plasmando su pensamiento en normas*»<sup>46</sup>.

A fines del mes de mayo de 1852 aparece la primera edición de las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización de la América del Sur* -según el título originario completo-<sup>47</sup>.

Inmediatamente comienza a repartir los primeros ejemplares -Cané, Gutiérrez, Frías, Mitre, entre otros, son los afortunados-, siendo uno de sus principales destinatarios el vencedor de Rosas. El 1° de mayo de 1852 envía, junto con la obra, una carta en la que valora y elogia la actuación de Urquiza en Caseros, reconociendo que «*Los argentinos de todas partes, aun los más humildes y desconocidos, somos deudores a V.E. del homenaje de nuestra perpetua gratitud, por la heroicidad sin ejemplo con que ha sabido restablecer la libertad de la Patria, anonadada por tantos años*», agregando que ahora «*El que tal prodi-*

---

<sup>46</sup> Olsen A. GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. IX, 1993, pág. 150.

<sup>47</sup> La primera edición es del mes de mayo de 1852, y fue realizada en los talleres del periódico chileno El Mercurio, en Valparaíso. Contaba con 183 págs., sin proyecto de constitución alguno como anexo.

*gio ha conseguido ¿por qué no sería capaz de darnos otro resultado, igualmente portentoso, que en vano persigue hace cuarenta años nuestro país? Abrigo la persuasión de que la inmensa gloria -esa gloria que a nadie pertenece hasta aquí- de dar una Constitución duradera a la República, está reservada a la estrella feliz que guía los pasos de V.E», para finalizar afirmando humildemente que «Con este convencimiento he consagrado muchas noches a la redacción del libro, sobre bases de organización política para nuestro país que tengo el honor de someter al excelente buen sentido de V.E. En él no hay nada mío, sino el trabajo de expresar débilmente lo que pertenece al buen sentido general de esta época, y a la experiencia de nuestro país. Deseo ver unida la gloria de V.E. a la obra de la Constitución del país, pero, para que ambas se apoyen mutuamente, es menester que la Constitución repose sobre bases poderosas. Los grandes edificios de la antigüedad no llegan a nuestros días sino porque están cimentados sobre granito; pero la historia, señor, los precedentes del país, los hechos normales, son la roca granítica en que descansan las constituciones durables. Todo mi libro está reducido a la demostración de esto, con aplicación a la República Argentina»<sup>48</sup>.*

Con fecha 22 de julio del mismo año, la respuesta de Urquiza no es menos generosa. En ella -refiriéndose a la obra del tucumano- expresa que «*ha confirmado en mí el juicio que sobre su distinguida capacidad, y muy especialmente sobre su patriotismo, había formado de antemano*», acotando que «*su bien pensado libro es, a mi juicio, un medio de cooperación importantísimo. No ha podido ser escrito ni publicado en mejor oportunidad*»<sup>49</sup>.

Las Bases de Alberdi comenzaban a trascender dentro y fuera de la República. Aquellas pocas páginas escritas al compás de las necesidades del país en el pacífico ambiente de su quinta en Valparaíso estaban

---

<sup>48</sup> Ramón J. CÁRCANO, *Urquiza y Alberdi. Intimidades de una política*, Buenos Aires, Ediciones La Facultad, 1938, pág. 3.

<sup>49</sup> Ramón J. CÁRCANO, *Urquiza y Alberdi. Intimidades de una política*, Buenos Aires, Ediciones La Facultad, 1938, pág. 5.

destinadas a superar los límites geográficos, ideológicos y temporales, convirtiéndose en un verdadero libro sagrado del civismo argentino.

### *III.2. Los «Ciento y uno» (elogios de todos) y las «Ciento y una» (de Sarmiento)*

El impacto que causó la aparición de las *Bases* fue impresionante. Muchos periódicos y autorizadas voces del momento hacían eco ampliamente favorable al gran libro del Alberdi.

Por ejemplo, y siguiendo en este punto a Jorge Mayer, el diario El Mercurio se refería a él como «uno de los más bellos pensamientos políticos que ha producido la civilización americana», mientras que El Constitucional de los Andes lo calificaba de «inapreciable» y «el verdadero libro del pueblo». A su turno, El Nacional, de Buenos Aires, adivinaba al sostener que Alberdi «ha derramado en su pequeño libro ideas que bien meditadas podrían servir de base a la próxima Constitución de la República». Para El Progreso era un «precioso libro». En París se lo considera como «un libro notable... que hará época en la historia de la revolución y de la literatura argentina»<sup>50</sup>.

Como consecuencia del rotundo éxito alcanzado por su libro, en julio de 1852, aparece su segunda edición que, bajo el título *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en América del Sud, y del Tratado del Litoral del 4 de enero de 1831*, incorpora esta vez un proyecto de constitución, destinado a tener una influencia notable en el inminente Congreso General Constituyente a celebrarse en Santa Fe conforme lo consensuado en el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos. Nuevamente, abundan los saludos y reconocimientos para el tucumano<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 413.

<sup>51</sup> Haciendo referencia a la presentación de su proyecto de constitución como un anexo de su ya famosa obra, en El Mercurio se dirá que «...El señor Alberdi ha publicado últimamente la segunda edición de su libro...acompañando sus teorías con un proyecto

Cuando aún mantenían una cordial amistad, otro gigante de la historia argentina, Domingo Faustino Sarmiento, derramará sólo elogios sobre el libro de Alberdi. Así, en carta que dirige a Mitre, el 9 de julio de 1852, escribe: *«Ya le habrá llegado a usted la preciosa obra de Alberdi sobre Constitución Argentina. Tendrá este libro el mérito histórico de ser la única manifestación espontánea del pensamiento de nuestros inteligentes estadistas; pero mayor es a mi juicio el mérito intrínseco de ella. Alberdi ha puesto la zapa en todo el sistema colonial, aldeano, ignorante, godo y rudo de las constituciones sudamericanas, que hacen arrastrarse en el fango a esta parte de la América hace medio siglo»*<sup>52</sup>. El 16 de septiembre del mismo año, en misiva que envía al propio Alberdi, afirma que *«Su constitución es un monumento. Usted halla que es la realización de las ideas de que me he constituido apóstol...»*, reconociendo luego su trascendencia, cuando afirma que a partir de aquel momento *«su constitución es nuestra bandera, nuestro símbolo, así la toma hoy la República Argentina, yo creo que su libro va a ejercer un ejemplo benéfico»*, e intuyendo que *«su libro, pues, va a ser el decálogo argentino; ... la bandera de todos los hombres de corazón»*<sup>53</sup>.

El amable trato que se dispensaban Alberdi y Sarmiento se iría resquebrajando con motivo de la visión que cada uno de ellos tenía sobre la política llevada adelante por Urquiza. Mientras el primero estaba convencido de que la victoria del entrerriano sobre Rosas significaba la apertura de un nuevo tiempo para el país y la posibilidad de su institucionalización definitiva, el sanjuanino -al igual que los incondicionales defensores de los intereses porteños, como Vélez Sársfield o Mitre- sólo veía en él al continuador de la tiranía.

Desde su arribo a Chile en 1852, Sarmiento no cesó en su prédica en contra de Urquiza. Dolido en lo personal por no ser consultado

---

*de constitución, que resumiendo la situación de aquel país lo coloca en el camino de una verdadera y ventajosa organización...»* (Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 431).

<sup>52</sup> Domingo F. SARMIENTO, *Cartas y discursos políticos*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1965, t. III, pág. 58.

<sup>53</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 433.

sobre el futuro del país ante las cruciales circunstancias que se vivían a partir de Caseros, con soberbia, lo acusaba porque «*no se dejaba instruir*» al respecto <sup>54</sup>.

Luego de varias entrevistas personales, en las que habían convenido no participar en las disputas internas originadas en el país, Alberdi -conocedor de la fuerte personalidad del sanjuanino- intentaba en vano recordarle que fue Urquiza quien había liberado al país de la tiranía de Rosas y quien se encargaría de llevar adelante su ansiada Constitución. La falta de coincidencia sobre el tema fue, en este caso, «*la base y el punto de partida para la organización de la polémica*», cuyas principales aristas queremos dejar expresadas porque involucran, sin lugar a dudas, a las dos personalidades más importantes de nuestro país de esa época y de todos los tiempos.

El disparador del conflicto fue la carta que Sarmiento le envía a Alberdi, desde Yungay, el 12 de noviembre de 1852. Como primer argumento, el sanjuanino dirá que la defensa que hace Alberdi de Urquiza se debe únicamente a que éste lo ha nombrado como encargado de los negocios de la Confederación en Chile -cargo que Alberdi rechazará, en un intento de que su propuesta de organización nacional sobrevuele los sectarismos políticos y dando muestra de su indiscutible ética republicana-.

Luego y en términos aún más agresivos, lo tildará de cobarde, afirmando que, «*usted sabe... quién fue el primer desertor argentino de las murallas de defensa al acercarse Oribe*», contrastando dicha actitud con la de él, a quien «*han bañado la cara los sesos de los soldados que creí las últimas víctimas de la guerra civil*» <sup>55</sup>.

Sorprendido por los agravios recibidos, en carta dirigida a Frías el 13 de diciembre de 1852, Alberdi dirá de Sarmiento que «*Me ha dedicado una publicación baja y loca, que él llama su Campaña en el Ejército Grande, y me dirige insultos que me han decidido no a repetírselos sino a estudiarlo a él, con respeto y dignidad, en sus obras anteriores y presentes, en su tendencia nueva. Pronto le en-*

---

<sup>54</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 423.

<sup>55</sup> Domingo F. SARMIENTO, *Campaña en el Ejército Grande*, 4ª ed., Buenos Aires, Jackson, 1945, t. I, pág. 31.

*viaré ese trabajo en que voy a destruir en él un obstáculo a todo orden, no un soldado útil»*<sup>56</sup>.

Alberdi, siempre moderado y dueño de sus reacciones, no contesta de inmediato. Aprovechando el receso judicial del mes de enero, se dirigirá a la quietud de la quinta de Sarratea, situada en la localidad de Quillota, para preparar sus ácidas, fulminantes e impecables respuestas que, con el nombre de *Cartas sobre la prensa y la política militante en la República Argentina* entrarían en la historia con el seudónimo de *Cartas Quillotanas*.

En la primera de las cartas, Alberdi, con gran sutileza y tono de un verdadero maestro -¡nada menos que ante Sarmiento!- escribe que «*Por fin ha concluido la guerra por la caída del tirano Rosas, y la política ha dejado de pedir a la prensa una polémica que ya no tiene objeto. Hoy le pide paz, la Constitución, la verdad práctica de lo que antes era una esperanza. Eso pide al publicista, al ciudadano, al escritor*», señalando la inutilidad de su prédica porque «*Ante la exigencia de paz, ante la necesidad de orden y de organización, los veteranos de la prensa contra Rosas han hecho lo que hace el soldado que termina una larga guerra de libertad, lo que hace el barretero después de la lenta demolición de una montaña. Acostumbrados al sable y a la barreta, no sabiendo hacer otra cosa que sablear y cavar, quedan ociosos e inactivos desde luego. Ocupados largos años en destruir, es menester aprender a edificar*», para finalizar diciendo, en la misma línea de ideas, que «*En la paz, en la era de organización en que entra el país, se trata ya no de personas sino de instituciones; se trata de Constitución, de leyes orgánicas, de reglamentos de administración política y económica; de código civil, de código de comercio, de código penal, de derecho marítimo, de derecho administrativo. La prensa de combate, que no ha estudiado ni necesitado estudiar estas cosas en tiempos de tiranía, se presenta enana delante de estos deberes. Sus orgullosos servidores tienen que ceder los puestos en que descollaban cuando se trata de atacar y destruir, y su amor propio empieza a sentirse mal*»<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 442.

<sup>57</sup> Félix LUNA, *Domingo Faustino Sarmiento*, Colección *Grandes Protagonistas de la Historia Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, pág. 73.

En su segunda lanza, hecha carta por Alberdi, luego de aclarar que jamás defendió a Urquiza movido por el mezquino interés de obtener un cargo, hace notar el cambio de actitud de Sarmiento para con la figura del entrerriano, cuando escribe que, inclusive antes de la caída de Rosas, «*Usted se hizo adicto suyo y yo también*», agregando que «*Separado de nosotros, usted ataca el hombre y la política que estamos apoyando desde 1851 en el interés de miras que ha realizado en parte de un modo espléndido -tenemos que defenderle hoy de los ataques de usted, como antes le defendimos de los ataques de Rosas-*»<sup>58</sup>.

En la tercera carta quillotana, Alberdi resta valor a la actuación de Sarmiento como periodista durante la tiranía de Rosas, agraviándolo al afirmar que sólo fue importante porque «*usted servía a los intereses de todos atacando a Rosas... todos lo ayudamos, todos lo aplaudimos. A todo lo que aparecía de su pluma, nuestra palabra de orden era ¡bravo, estupendo! Lo aplaudimos sin leerlo. A mí me sucedió eso de ordinario*», queriendo resaltar la ambición personal del sanjuanino, cuando escribe «*Hoy ataca usted al vencedor de Rosas con la violencia con que atacó en otro tiempo a sus sostenedores: atacaría usted probablemente al hijo del sol, si estuviese en lugar de Urquiza, a Varela, a Rivadavia, porque serían a los ojos de usted usurpadores del puesto que considera usted pertenecerle con el derecho que a sus ojos le dan sus antecedentes de escritor*», aclarando luego que «*sus escritos no lo hacen presidente de la República por derecho natural*», para criticar, finalmente, sus escritos, entre los que incluye al *Facundo* -una de las obras más importantes de la lengua hispana del siglo XIX- por considerar que «*Presentar a Facundo Quiroga -uno de los mayores malvados que presenta la historia del mundo- como la personificación, como el ideal, como el espejo fiel de la República Argentina, es el mayor insulto que se pueda inferir a ese país, honesto y bueno*»<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Félix LUNA, *Juan Bautista Alberdi*, Colección *Grandes Protagonistas de la Historia Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, pág. 71.

<sup>59</sup> Oscar TERÁN, *Escritos de Juan Bautista Alberdi*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1996, pág. 229.

En la cuarta misiva, Alberdi, dejando a salvo su honor y valentía, dirá que ante el avance de las fuerzas de Oribe -aliado de Rosas- hacia la ciudad de Montevideo en el mes de febrero de 1843, el no huyó pues partió a Europa recién en abril, luego de resistir el asedio por un par de meses, con el solo objetivo de defender el ideario de la Asociación de Mayo, que durante mucho tiempo había recibido «*los elogios y los tributos*» -y la defensa- por parte del sanjuanino. Además -en una crítica que el destino se encargará de refutar-, niega la posibilidad de que su contrincante puede llegar a ser un verdadero estadista <sup>60</sup>.

Sarmiento, envuelto en ira, sostiene que tiene «ciento y una» verdades para replicar las acusaciones de Alberdi y, de esta forma, el 13 de abril de 1853, comienzan a publicarse una serie de cartas que se harán famosas, precisamente, con ese nombre: «*Las ciento y una*».

Las respuestas de Sarmiento fueron feroces, cargadas de insultos y apuntaron más a la persona que a las ideas de Alberdi <sup>61</sup>, y quizás allí haya cometido su principal error, que lo llevaría, en términos generales, a perder la disputa con el tucumano.

Bramando, el sanjuanino comienza su primera carta afirmando que «*En la olla podrida que ha hecho usted de Argirópolis, Facundo, La Campaña, etc., etc., condimentados sus trozos con la viscosa salsa de su dialéctica saturada de arsénico, necesito poner orden para responder y restablecer cada cosa en su lugar..*». Y a partir de ese instante, escribe una serie interminable de epítetos descalificativos en contra de Alberdi. Lo llama «*insigne camorrista*», «*alma muerta*», «*charlatán*», «*malcriado*», «*carácter disipado*», «*doctorcito*», «*truchimán*», «*lechoncito*», «*perro de todas las bodas*», «*compositor de minuetes*», «*templador de pianos*», «*ganapán*», «*abogadillo*», «*escuálido y entecado*», «*pillo desorejado*», «*hipócrita*», «*gazmoño*»,

---

<sup>60</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 444.

<sup>61</sup> El contenido de las Ciento y una, llevaron a Lucio Vicente López a decir que, «*Si Facundo hubiera sabido escribir, no de otra manera hubiera escrito*» y a Ingenieros a afirmar que «*Sarmiento contestó con golpes de hacha a las finísimas estocadas de su adversario*» (Domingo F. SARMIENTO, *Cartas y discursos políticos*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1965, t. III, pág. 75).

«tonto estúpido», «tuno majadero», «vieja solterona a caza de maridos», «hombros de mosquito»<sup>62</sup>.

Pese a todo lo dicho, el rosario de agravios que Sarmiento tenía para rezar a Alberdi contenía algunos misterios más. En las sucesivas cartas -tituladas «*Y va de Zambra*», «*Conservador aquende y allende*», «*Sigue la danza*» y «*Ya escampa*» -publicadas el 20, 27 y 30 de abril, y 5 de mayo de 1853, respectivamente-, el sanjuanino tildará al tucumano de «*pandecta viviente*», «*pandereta de códigos*», «*sabio de tres retacitos*», «*veleta que tiene una conciencia de las cosas para todos los días*», «*insolente deslenguado*», «*ratoncito roe papeles*», «*raquítico*», «*jorobado de la civilización*», «*entecado que no sabe montar a caballo*», «*sacacallos sublime*», «*espíritu visco*» «*abate por sus modales*», «*saltimbanqui por sus pases magnéticos*», «*mujer por la voz*», «*conejo por el miedo*», «*eunuco por sus aspiraciones políticas*», «*botarate insignificante*», «*bodeguero*», «*dispensero*», «*mayordomo*», «*pillo de la prensa periódica*», «*patita de terciopelo*», «*perverso pillito*», «*pésimo sofista*», «*leguleyo*», «*esponja de limpiar muebles*», «*mal hombre*», «*reo*»... entre otros adjetivos<sup>63</sup>.

Es evidente que, como sostuvimos, Alberdi salió airoso de la polémica con Sarmiento pues aquí también hizo gala de sus dotes de torero, batallando y demoliendo poco a poco a su adversario, hasta tener el camino allanado para darle la estocada final.

Sin embargo, sería injusto unir a estos dos próceres únicamente con motivo de esta conocida disputa. Creemos al respecto, que tanto Alberdi como Sarmiento tienen muchos más puntos en común, más coincidencias, que diferencias, por muy amplias que éstas parezcan.

Ambos han sido, sin temor a equivocarnos, los constructores por antonomasia de la argentinidad. Uno, Alberdi, tallando con su fina inteligencia y otro, Sarmiento, con la energía de su temperamento, los perfiles de un nuevo país que nacía del desierto.

---

<sup>62</sup> Domingo F. SARMIENTO, *Cartas y discursos políticos*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1965, t. III, pág. 75.

<sup>63</sup> Domingo F. SARMIENTO, *Cartas y discursos políticos*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1965, t. III, pág. 75.

Los dos han contribuido con sus escritos a la comprensión cabal de nuestra historia social y política y, por ende, nos han brindado las guías más importantes para emprender el desafío de los tiempos por venir. Nos estamos refiriendo a las obras cumbres de estos dos gigantes del pensamiento nacional: las *Bases* y el *Facundo*.

Fueron Alberdi y Sarmiento los principales rivales de la tiranía que durante tantos años azotó a nuestro país y los máximos defensores de la necesidad de su institucionalización. Compartieron, por esta circunstancia, la triste necesidad del exilio que, sin embargo, no les impidió ser los principales observadores de la realidad argentina. En términos de la medicina, fueron los mejores «analistas clínicos» de la realidad de entonces.

Por profesión y ciencia, Alberdi, y por vocación y esfuerzo, Sarmiento, y ambos por genialidad, fueron las dos figuras más importantes en el ámbito del derecho constitucional argentino en el siglo en que vivieron <sup>64</sup>.

El tucumano y el sanjuanino vieron terminar sus días fuera de su patria. Extraño destino para estos dos hombres cuyo accionar, sin embargo,

---

<sup>64</sup> Demostrando la condición de constitucionalista del sanjuanino, afirma Alfredo Orgaz que, «*Sarmiento, es verdad, no tuvo estudios sistemáticos de derecho constitucional. ¿Pero quiénes los tenían entonces entre los hombres que influían sobre la vida nacional?. Como figura visible, solamente Alberdi, que se había recibido de abogado y profundizado posteriormente sus conocimientos en esta rama del derecho -también es justo mencionar a José Benjamín Gorostiaga, de eminente actuación en la Convención Constituyente de 1853-...Los constituyentes de 1853 y de 1860, no estaban en mejor condición que Sarmiento, aunque tuviesen el título de abogado... Sarmiento conocía asombrosamente bien la constitución norteamericana y las de los estados particulares, los comentarios de Story y de otros publicistas, los antecedentes que explicaban los preceptos de aquella constitución así como las múltiples leyes que habían sido dictadas por el Congreso y las legislaturas de ese país, aún las más recientes. Su información era muy amplia y su juicio, en general, acertado sobre los principios y los criterios básicos de la interpretación jurídica...*», agregando en relación a la aparición en septiembre de 1853, de sus «Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto», que, «*...No debían ser tan desdeñables los comentarios de ese profano en derecho, cuando un constitucionalista científico necesitaba salir a su encuentro para refutarlos...*» - el autor cordobés se refiere a Alberdi y su obra «Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853» (Raúl ORGAZ, «Sarmiento constitucionalista», en *Ensayos sarmientinos*, Córdoba, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972, pág. 137).

se hunde como raíces en la vida nacional. En definitiva, hablar de Alberdi o de Sarmiento es hablar de Argentina y de historia con nombre propio.

Con el paso de los días se van agigantando los aplausos y el eco de las críticas se apaga lentamente, en la medida en que las *Bases* de Alberdi llegan a todos los rincones del país. Pero quedaba aún un serio interrogante que resolver... ¿serían éstas las bases de la futura Constitución Nacional? Intentaremos contestar a esta pregunta en el próximo punto del presente capítulo.

### *III.3. Un mojón en medio del desierto*

Mientras las *Bases* de Alberdi recorrían toda la geografía de la República y las mentes de miles de argentinos descubrían en ellas las soluciones a problemas que desde hacía tiempo afectaban al país, Urquiza, junto a los gobernadores Pablo Lucero, de San Luis, Nazario Benavídez, de San Juan, Celedonio Gutiérrez, de Tucumán, Manuel Taboada, de Santiago del Estero, Vicente Bustos, de La Rioja, Pedro Pascual Segura, de Mendoza, Domingo Crespo, de Santa Fe, Benjamín Virasoro, de Corrientes y Vicente López y Planes, de Buenos Aires, firmaban el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, el 31 de mayo de 1852.

Este pacto fue de suma trascendencia ya que, entre otras cosas, determinaba la reunión de un congreso general constituyente en la ciudad de Santa Fe, en el mes de agosto, siendo las provincias representadas por dos diputados cada una (cláusulas segunda, cuarta y quinta respectivamente) y estableciendo la distribución proporcional del producto de las aduanas exteriores (cláusula decimonovena).

Como era de esperar, escribe Jorge Mayer, en Buenos Aires «... *la noticia causó pánico...*», ya que no estaba dispuesta a ceder ni un centímetro de sus privilegios de vieja data, como era el irritante y exclusivo uso particular que hacía de los productos de la aduana<sup>65</sup>. Por otro lado, no estaba en los planes de los porteños tener igual representación que las

---

<sup>65</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 411.

demás provincias en el congreso constituyente y, finalmente, no aceptaban el indiscutible liderazgo de Urquiza, si se quiere, revestido de ropaje jurídico a partir del Acuerdo.

El 21 de junio, la Sala de Representantes porteña comenzó a tratar el acuerdo -al que consideraban un pacto *ad referendum*- en un clima de creciente hostilidad tanto en el recinto como en los periódicos porteños y, en definitiva, en la sociedad toda, hacia la figura de Urquiza y su política de organización constitucional. Fueron los oradores, en tal oportunidad, Mitre, Vélez Sársfield y Saguí por el bando porteño, y Pico y López por el sector opositor, y afín a la firma del pacto. El Acuerdo fue rechazado en medio de un gran tumulto, situación que llevó a Urquiza a disolver al órgano legislativo porteño y encargar la gobernación, nuevamente, a Vicente Fidel López, asistido por un grupo de vecinos notables.

Los problemas no concluyeron allí, desgraciadamente. Tras la revuelta del 11 de septiembre, Buenos Aires celebraba su separación de la Confederación como un éxito notable de su política. Entristecido por la ingrata novedad, Alberdi quitaba la máscara a la lucha por mezquinos intereses por parte de los porteños, afirmando que «*Rosas representaba el interés local de Buenos Aires sobre las provincias en materia de comercio, de finanzas, de navegación... esto era lo esencial, las crueldades eran lo accesorio*»<sup>66</sup>.

Nacía un problema estructural que aún hoy padecemos los argentinos, que es el de la tensión existente entre el puerto y el resto del país y que se traduce en una diferencia abismal de desarrollo no sólo económico, sino también social, político y cultural, de la provincia de Buenos Aires en comparación con los demás estados provinciales argentinos.

Mientras tanto, y quizás rigidos por aquella ley del desarrollo universal que Alberdi explicaba al inaugurar el lejano Salón Literario y en la primera parte de su *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, esa ley que no puede ser detenida por los acontecimientos circunstanciales de los pueblos, el Congreso General Constituyente iniciaba sus sesiones el 20 de noviembre de 1852.

---

<sup>66</sup> Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 410.

Pocos eran los recursos humanos y materiales con los cuales contaría el Congreso para iniciar su inmortal tarea. En el primer aspecto, sólo Gorostiaga tenía conocimientos sólidos en materia constitucional, mientras que los demás aportaban, noblemente, todo su esfuerzo, dedicación pero, también, sus limitaciones<sup>67</sup>. En cuanto al material bibliográfico, los constituyentes sólo contaban con un ejemplar de *El federalista* -perteneciente a Rivera Indarte-, que a los pocos días de iniciadas las sesiones se perdió. En lo que hace a los antecedentes legislativos, fueron de suma importancia la Constitución de 1826 -y mediante ella, de manera indirecta, la Constitución de 1819-, el Pacto Federal de 1831 y el reciente Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos.

El panorama hubiera sido desalentador de no contarse en el Congreso con las *Bases* y el espíritu de Alberdi como guía, como un verdadero mojón en medio de ese desierto por el que se aprestaban a transitar los congresales constituyentes. Un mojón en el desierto, un faro en la oscuridad, un punto de partida para saber a dónde ir.

Téngase por ejemplo de lo que decimos, el hecho de que apenas iniciados los debates en el seno del Congreso Constituyente, Zuviría, su presidente, planteó que el país se hallaba en un momento inoportuno para sancionar su Constitución. Reflotando los fantasmas de la «teoría» rosista en cuanto a la organización institucional, cuyos argumentos se encuentran en la carta que el tirano le remitiera a Quiroga<sup>68</sup>, intentando justificar la falta de necesidad y la inconveniencia de tomar tal decisión en razón de los momentos por los que atravesaba el país<sup>69</sup>.

El encargado de responder a lo sostenido por Zuviría es Juan María Gutiérrez, quien era, según el legendario Alfredo Palacios, «*la voz de los hombres de la Asociación de Mayo*»<sup>70</sup> en el Congreso Constitu-

---

<sup>67</sup> Véase *supra*, nota 64.

<sup>68</sup> Véase *supra*, nota 21.

<sup>69</sup> Conforme *La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1943, pág. 50.

<sup>70</sup> Alfredo L. PALACIOS, *Alberdi, constructor en el desierto*, Buenos Aires, Losada, 1944, pág. 84.

yente, es decir, la voz de Alberdi <sup>71</sup>. En términos contundentes, replicaba Gutiérrez que «*Hemos salido de la tiranía y conocido la paz que ésta nos garante; y esa es la paz de los sepulcros. Hoy que hemos triunfado de ella, ¿hemos de burlar a los pueblos en su anhelada esperanza, de que una Constitución liberal ponga fin a las desgracias que los aquejan? Esto sería abandonarlos, lanzándolos en caminos ignorados, de donde nadie podría sacarlos más tarde; abismo adonde ni aún puede alcanzar nuestra vista*», agregando en relación al momento para sancionar la Carta Magna que «*La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley, y encerrada en ese código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única, a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos. Los pueblos nos la piden con exigencia, porque ven en ella su salvación; y es por otra parte la oportunidad más aparente para dársela; debemos hacerlo sin pérdida de tiempo; y pretender su aplazamiento es una acción que no me atrevo a calificar*» <sup>72</sup>.

Alberdi fue un punto de referencia indiscutido durante el desarrollo de las distintas sesiones del Congreso. Acuden a sus enseñanzas Zenteno, cuando se aborda la temática del reglamento que regirá el debate, Leiva, al analizar lo vinculado a los recursos del tesoro nacional y fray Manuel Pérez, al discutirse aspectos de la libertad de cultos <sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Gutiérrez, con seguridad, tenía en su pupitre un ejemplar de las *Bases*, al que leía sus primeros párrafos cuando señalan, en relación a la imperiosa urgencia de contar con una constitución que «*Sin que se pueda decir que hemos vuelto al punto de partida (pues los estados no andan sin provecho el camino de los padecimientos), nos hallamos como en 1810 en la necesidad de crear un gobierno general argentino y una constitución que sirva de regla de conducta de ese gobierno...*» (Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo I, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998).

<sup>72</sup> Conforme *La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1943, pág. 74.

<sup>73</sup> Dardo PÉREZ GUILHOU, *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 158.

En términos cuantitativos, y siguiendo la opinión de Dardo Pérez Ghilhou <sup>74</sup> en este punto, Alberdi influyó en la parte dogmática de la Constitución en once de sus treinta y cinco artículos; mientras que en la parte orgánica lo hizo en cuarenta y ocho de los ciento veintidós que se sancionaron.

Como conclusión, no cabe duda de que las *Bases* de Alberdi tuvieron el enorme mérito de ser la fuente principal de inspiración de los congresales de Santa Fe, que acudieron a ellas de forma directa o indirecta pero de manera permanente.

A esta altura de nuestro trabajo, queremos resaltar la magnitud y trascendencia de la gran obra alberdiana. Luego de más de cuatro décadas de violentos desencuentros, las *Bases* fueron, realmente, las bases para un país que se asemejaba, en su gran mayoría, a un desierto en los aspectos políticos, sociales y económicos.

A partir de la sanción de la Constitución Argentina, y sin desconocer las dificultades surgidas para su plena vigencia, la República Argentina ocupó un lugar de privilegio entre las naciones más desarrolladas del mundo hasta las primeras décadas del siglo siguiente a su sanción.

Resulta curioso cómo, a pesar de que el pensamiento de Alberdi ha sido calificado como de «conservador», produjo uno de los cambios más revolucionarios de la historia de nuestro país <sup>75</sup>.

Aquellas ideas que Alberdi había pensado durante tanto tiempo y que las urgencias posteriores a Caseros obligaron a expresarlas con gran celeridad para alumbrar la construcción jurídica fundamental argentina por parte del Congreso General Constituyente, han cumplido largamente su misión, posibilitando el comienzo de una época que, con todas sus aristas, significó un claro avance para nuestro país. Esto es -y no es poco-, en definitiva, *lo cumplido* por las *Bases*.

Pero, si las *Bases* alcanzaron sobradamente su principal objetivo, ¿queda por cumplir alguno de los tantos desafíos que en ellas se planteó Alberdi? Trataremos de averiguarlo en el capítulo que sigue.

---

<sup>74</sup> Dardo PÉREZ GUILHOU, *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 168.

<sup>75</sup> Dardo PÉREZ GUILHOU, *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 31; William H. KATRA, *La Generación de 1837*, Buenos Aires, Emecé, 2000, pág. 59.

## **IV. Las Bases para un nuevo siglo argentino (lo incumplido... o lo que resta por hacer para construir un país mejor)**

### *IV.1. La proyección de las Bases*

Hasta aquí, hemos recorrido el largo proceso de elaboración de las *Bases* por parte de Alberdi y puesto de relieve el éxito que tuvieron a los fines de la configuración institucional del país, que fue su principal objetivo.

En la actualidad, somos testigos de una de las peores crisis por las que haya atravesado la República Argentina en toda su existencia. La profunda depresión adquiere perfiles políticos, jurídicos, institucionales, morales, sociales, económicos; en fin, la devaluación alcanza notas generales.

Ante lo preocupante de tal situación, escuchamos las propuestas de todos aquellos que nos ofrecen conducirnos hacia la salida de esta triste realidad. Pese a ello, sólo nos queda una gran sensación de vacío y el gris se encarga de colorear nuestra esperanza, al ver que sólo nos salpican las discusiones por espacios de poder y las acusaciones de todos contra todos por haber hecho de todo y casi todo mal.

Por eso, como a mediados del siglo antepasado, volvemos nuestra mirada a Alberdi y a sus *Bases*, requiriendo y buscando una guía entre tanta confusión, advirtiendo que sus postulados adquieren notable actualidad, proyectándose, más allá de los estrechos límites temporales que las vieron nacer. Es por eso que las consideraciones de este último capítulo son, quizás, las más importantes de nuestro trabajo, porque reflejan la perdurable herencia del prócer y su obra.

Estamos convencidos de que Argentina necesita hoy de Alberdi, requiere urgente, como en el siglo XIX, nuevos *puntos de partida*, nuevas *bases* desde las cuales emprender el desafío que nos presenta el complejo escenario mundial en el que estamos insertos.

Creemos, en definitiva, que los objetivos incumplidos que duermen en las *Bases* no deben ser motivo de desesperanza sino, por lo contrario, una invitación a realizarlos. Lo incumplido, entonces, adquiere la forma de desafío y esperanza de vivir en un país mejor.

Entonces, ¿qué nos diría Alberdi hoy, cuál sería su propuesta para superar los distintos problemas que nos golpean en la cruda realidad por la que atravesamos los argentinos? Veamos si podemos conocer sus respuestas.

#### IV.1.1. *Las Bases y la anomia argentina*

El principal resultado de la Revolución Francesa de 1789 lo constituyó el fin del poder absoluto de la monarquía y el nacimiento, como contrapartida, del Estado de derecho, en virtud del cual todos y cada uno de los mortales estaría gobernado por el imperio de la ley, cuya máxima expresión no sería otra que la Constitución.

Es en el texto constitucional donde se cristalizan los límites al poder del Estado mediante la división de sus funciones, promovida por Montesquieu y el reconocimiento de una serie de derechos inalienables del hombre, que permiten su desarrollo personal y material. Es decir, la Constitución aparece como el principal dique de contención del autoritarismo.

Pese a ser herederos de la doctrina constitucional francesa y norteamericana, de neto corte liberal, nuestro país se encuentra en las puertas de un nuevo siglo en un profundo estado de anomia, de amnesia constitucional. Desde hace mucho tiempo, los argentinos hemos perdido la noción de la importancia de vivir al amparo de la Constitución, lo cual trae de la mano el grave peligro de hacer resurgir la prepotencia del gobierno en contra de los derechos individuales de los ciudadanos y el de instalar la idea de que el ordenamiento jurídico de nada sirve <sup>76</sup>.

Alberdi vuelve, entonces, para ayudarnos a retomar el rumbo perdido, enseñándonos que sólo se alcanza mediante el sometimiento a la letra y al espíritu de la Constitución, a la que considera como una verdadera

---

<sup>76</sup> Asombrado y preocupado, expresa Carlos Nino, que la anomia argentina no sólo debe observarse en la relación existente entre poder e individuo, sino en los más pequeños detalles que hacen a la vida en sociedad, demostrando la creciente propagación de este mal. En este sentido, explica que «... *la imagen externa de una sociedad está dada por cómo se transita por sus calles y rutas, cómo se mantiene el aseo de los lugares públicos, y cómo se cuida la estética urbana: hay pocos países en el mundo en que se manifiesta un desprecio tan amplio por las reglas que rigen el tráfico y de automotores y peatones que el que se da en la Argentina. Desde el punto de vista urbanístico, no es posible pensar que cuando tenemos una avenida, como la del Libertador de Buenos Aires, con casi todos los edificios parejos en altura pero con enormes torres que rompen de tanto en tanto esa armonía, las excepciones al código de edificación se deben a un peculiar gusto estético de algunos intendentes o concejales; más bien hay derecho a suponer que se hicieron excepciones o se admitieron violaciones a normas edilicias por motivos diferentes al bien de la comunidad...*» (Carlos NINO, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992, pág. 25).

«*carta de navegación*» de la República Argentina, que «*en todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles ... tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza*»<sup>77</sup>.

En esta línea de ideas, es Miguel Ekmekdjian quien, imaginando un diálogo entre Alberdi y otros grandes personajes del pensamiento político-Trasímaco, Glaucón, Dantón, Heller, entre otros-, hace decir a nuestro compatriota que «*la Constitución es un pacto de convivencia de los diversos sectores que integran la sociedad: un «contrato social». Es por ello que contiene las reglas de juego básicas, conforme a las cuales se hace posible el desarrollo de la convivencia civilizada*»<sup>78</sup>.

El Estado de derecho está en emergencia, en «terapia intensiva». Como dice Alberdi, entonces, sólo con la plena vigencia de la Constitución seremos capaces de salir del pesado pantano en que estamos sumergidos los argentinos. Y ésta, que parece hasta una afirmación un tanto pueril, no lo es tanto, si apreciamos las constantes y graves violaciones de las que es objeto a diario la Carta Magna.

#### *IV.1.2. Las Bases y la educación argentina*

Una de las principales causas de nuestro subdesarrollo la encontramos en los grandes inconvenientes por los que atraviesa nuestro sistema educativo. Un fiel reflejo de lo que afirmamos lo encontramos en la pobre imagen que el maestro o el profesor alcanza en nuestra sociedad, a contramarcha de la alta jerarquía que adquiere en los países más avanzados del planeta.

Preocupado, y atacando a la frivolidad y al materialismo como signos distintivos del tiempo que nos toca vivir -diagnóstico al que adherimos-, el actual rector de la Universidad de Buenos Aires, Guillermo Jaim Etcheverry, advierte que «*No deberían, pues, sorprendernos los re-*

---

<sup>77</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XXXIV, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 198.

<sup>78</sup> Miguel A. EKMEKDJIAN, *Extraños diálogos políticos*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 88.

*sultados de una investigación en la que se pregunta a jóvenes universitarios argentinos cuál consideran que es la actividad que más valora la sociedad actual: el 40% se inclina por la de los empresarios, seguidos por la de los modelos publicitarios, animadores de televisión y deportistas. Cierran la lista el maestro, con el 1,2% de las menciones, y el profesor universitario, con el 0,4%. Es decir, que los jóvenes perciben que la sociedad no aprecia a las personas a las que confía su educación. Es otra forma de decir que advierten que la sociedad no cree en el conocimiento, que es lo que esas personas representan»<sup>79</sup>.*

El problema educativo es hoy un obstáculo para el despegue argentino no sólo en su faz cultural sino también en lo político, económico y social, en un mundo en que la riqueza de las naciones se encuentra en sus recursos humanos.

Alberdi coincidía con Sarmiento en que la educación debía ser uno de los pilares sobre los que asentar la organización de la República. Para él, también era menester «educar al soberano» como la única forma de lograr su desarrollo integral y de garantizar que jamás volviera a caer en garras de la tiranía, cualquiera fuera la forma que ésta adoptara. Por eso, tempranamente, en su *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, escribía que «*En la educación de la plebe descansan los destinos futuros del género humano*»<sup>80</sup>.

Posteriormente, señala Alberdi el error en que habrían incurrido, por ejemplo, Rivadavia o Belgrano, al confundir instrucción con educación, cuando dice que «*Nuestros primeros publicistas dijeron: 'De qué modo se promueve y fomenta la cultura de los grandes Estados europeos? Por la instrucción, principalmente: luego éste debe ser nuestro punto de partida'. Ellos no vieron que nuestros pueblos nacientes estaban en el caso de hacerse, de formarse, antes de instruirse, y que si*

---

<sup>79</sup> Guillermo JAIM ETCHEVERRY, *La tragedia educativa*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 160.

<sup>80</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 41; *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XVII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 64.

*la instrucción es el medio de cultura de los pueblos ya desenvueltos, la educación por medio de las cosas es el medio de instrucción que más conviene a pueblos que empiezan a crearse», para luego advertir que «En cuanto a la instrucción que se dio a nuestro pueblo, jamás fue adecuada a sus necesidades. Copiada de la que recibían pueblos que no se hallan en nuestro caso, fue siempre estéril y sin resultado provechoso»*<sup>81</sup>.

Además de la crítica al sistema educativo de la época, el tucumano señala el nuevo rumbo que debiera tener la educación en países que, como el nuestro, «necesitan más de ingenieros, de geólogos y naturalistas que de abogados y de teólogos. Su mejora se hará con caminos, con pozos cartesianos, con inmigraciones, y no con periódicos agitadores o serviles, ni con sermones o leyendas»<sup>82</sup>. Lo afirmado por Alberdi, ¿no es un anticipo de la crisis por la que atraviesa nuestra universidad ante la superpoblación de alumnos en las carreras consideradas tradicionales, que no brindan al país los profesionales que éste necesita, según los problemas que lo aquejan?

Por otra parte, agrega que «*La instrucción, para ser fecunda, ha de contraerse a ciencias y artes de aplicación; a cosas prácticas, a lenguas vivas, a conocimientos de utilidad material e inmediata. El idioma inglés, como idioma de la libertad, de la industria y del orden, debe ser aún más obligatorio que el latín; no debiera darse diploma ni título universitario al joven que no lo hable y escriba*»<sup>83</sup>. De estas palabras, ¿no podemos concluir que para Alberdi, hoy, sería fundamental saber los secretos básicos de la informática, considerando a la computadora como la más difundida de las «cosas prácticas»? y en relación al idioma inglés, ¿no se anticipa a considerarlo como la llave imprescindible -empezando por el solo hecho de que más del noventa por ciento de las páginas en internet utilizan este idioma- para adaptarnos a cualquier aspecto de este mundo cada vez más interrelacionado?

---

<sup>81</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XIII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 50.

<sup>82</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XIII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 52.

<sup>83</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XIII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 53.

En definitiva, así como consideramos a Sarmiento un gran conocedor de los principios sobre los que se asienta el derecho constitucional, reconocemos en Alberdi a otra de las personalidades que a través del tiempo y de sus obras mostró gran preocupación por el tema de la educación, a la que atribuye la fundamental tarea de formar a las sociedades para materializar su desarrollo, y de cuyas conclusiones y anticipos aún seguimos aprendiendo.

#### *IV.1.3. Las Bases y el federalismo argentino*

Hemos podido leer en páginas precedentes cuáles fueron los graves problemas originados a partir de la sanción de las Constituciones de 1819 y 1826 en el ámbito del interior del país. Desconectados sus autores de la realidad a la que pretendían reglar, establecieron el sistema unitario de gobierno, provocando el levantamiento del resto de las provincias, que inclinaban sus preferencias sobre el sistema federal. Se iniciaba de esta forma una profunda, prolongada -hasta nuestros días- y a veces violenta disputa entre los intereses de Buenos Aires y los del interior del país.

Recién a mediados del siglo XIX, con la sanción de la Constitución, nuestro país adoptaba al federalismo como forma de Estado, en su artículo primero, aunque no era ésta aquella en la que había pensado Alberdi, cuando pretendía fijar un «sistema mixto», en reconocimiento a los precedentes unitarios que, según su opinión, formaban la historia de nuestro país<sup>84</sup>.

Por eso, y luego de enumerar los antecedentes unitarios y federales, tanto coloniales como patrios, de la Constitución, Alberdi -en uno de los aspectos centrales de su obra- afirma que ambos «*forman parte de la vida normal y real de la República Argentina, en cuanto a la base de su gobierno general; y ningún Congreso Constituyente tendría el poder de hacerlos desaparecer instantáneamente por decretos o constituciones de su mano. Ellos deberán ser tomados por bases y consultados de una manera directa en la Constitución escrita, que ha de ser expresión de la Constitución real, natural y posible*», agregando que «*la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna,*

---

<sup>84</sup> Ricardo Miguel ZUCCHERINO, *Juan Bautista Alberdi, ideólogo del siglo XXI*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 127.

*que consiste en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación; ley natural de todo cuerpo orgánico, sea colectivo o sea individual, llámese Estado o llámese hombre; según la cual tiene el organismo dos vidas, por decirlo así, una de la localidad y otra general o común, a semejanza de lo que enseña la fisiología de los seres animados, cuya vida reconoce dos existencias, una parcial de cada órgano, y a la vez otra general de todo el organismo»<sup>85</sup>.*

El equilibrio pretendido por Alberdi no sólo nunca se logró sino que se produjo un notable -nos preguntamos, ¿definitivo?- giro hacia la tendencia unitaria, determinando una enorme concentración de poder en el puerto de Buenos Aires y sus alrededores.

En este orden de ideas, Pedro J. Frías enseñaba -conforme los datos del censo de 1980, que no fueron modificados sustancialmente en estos puntos por las estadísticas de las mediciones posteriores de comienzos de la década de los noventa del último siglo y del año próximo pasado- que existe un grosero desequilibrio entre el área metropolitana -Capital Federal y conurbano bonaerense- y el resto del país, en tres aspectos fundamentales como lo son la población, la riqueza y las funciones que hacen al desarrollo de la vida del país<sup>86</sup>.

Pero creemos con Félix Luna que de una buena vez «*Hay que preguntarse cuánto tiempo más puede ser viable una comunidad cuya cabeza es tan grande como el resto del cuerpo. La Señora con el gorro frigio y la túnica que suele simbolizar la República debería reemplazarse por un enano macrocefálico, enredado en sus piernas endebles, con un cuerpo raquíutico aplastado por una cabeza monstruosa*»<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XVII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 87.

<sup>86</sup> Pedro J. FRÍAS, *Transformaciones del federalismo argentino en la década democrática*, Córdoba, Cuaderno de Federalismo, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1993, t. VII, pág. 92; *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 397.

<sup>87</sup> Félix LUNA, *Buenos Aires y el país*, Buenos Aires, Sudamericana, 1982, pág. 206.

Y basado en las lecturas de Adam Smith y en las enseñanzas de la historia, Alberdi afirma que este enorme desequilibrio no tiene otra razón que la defensa hecha por Buenos Aires de intereses mezquinos y de sus privilegios. Dirá el tucumano que con esta política se ha generado un círculo vicioso en lo económico, ya que «*Por la ley natural que preside a la formación de la riqueza y de la pobreza de cada país, empobreciendo a la Nación han empobrecido su propia provincia, como centro que es del país empobrecido y arruinado por el régimen de absorción monopolista*», para graficar luego que tal situación «*Es como acumular toda la sangre de un hombre en su cabeza, por razón de que la sangre es la vida. Tal acumulación es una congestión mortal para la cabeza y para el cuerpo. El modo de que la sangre vivifique a la cabeza es que circule en todo el cuerpo*»<sup>88</sup>.

Por eso adquiere suma importancia la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que a través de diversas de sus modificaciones intentó fortalecer al debilitado federalismo argentino. En su excelente obra sobre este tema, señala Antonio M. Hernández (h)<sup>89</sup>, que entre esas cláusulas se pueden citar a la que reconoce la autonomía municipal (artículo 123 de la Constitución Nacional), aquella que consagra también la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129 de la Constitución Nacional), la que brinda la posibilidad a las provincias de crear regiones (artículo 124 de la Constitución Nacional), la que establece la incorporación del tercer senador por cada una de las provincias (artículo 54), y la que establece que será la Cámara de Senadores el origen en el tratamiento de la ley convenio sobre coparticipación impositiva y sobre crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio y promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar los desiguales desarrollos de regiones y provincias (artículo 75, incisos 2 y 19 de la Constitución Nacional).

En este aspecto, somos de la idea de que aún queda mucho por hacer para instalar definitivamente al federalismo como eje de la vida

---

<sup>88</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1997, t. I, pág. 215.

<sup>89</sup> Antonio María HERNÁNDEZ (h), *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 11 y ss..

institucional y cultural argentina. Ante las ideas de fusión de provincias, o de creación de regiones «viables» en lugar de ellas, es menester repensar el diseño de país en que queremos vivir, considerando que no se construye mágicamente y menos a partir de criterios únicamente economicistas en desmedro de los antecedentes jurídicos e históricos, que exigen un estudio serio, responsable e integral.

Si bien la lucha en contra de las tendencias centralizantes aún continúa, somos optimistas con Pedro J. Frías, cuando sostiene que, al menos *«en el plano del derecho positivo -no teórico, no especulativo-, la batalla por la subsistencia de las provincias y, por ende, del federalismo, ha sido ganada a pesar de que el unitarismo en la Argentina, lejos de resignarse, continúa operando en la trastienda de las decisiones gubernamentales»*<sup>90</sup>. Y no es poco.

#### *IV.1.4. Las Bases, los «cacero-lazos» y el espíritu republicano argentino*

La vida de Alberdi es rica en ejemplos de civismo, que deben ser verdaderas pautas de conducta a tener en cuenta por la dirigencia argentina en su conjunto. Conocidas y diversas fueron las oportunidades en que rechazó los ofrecimientos para ocupar puestos en el gobierno, en un intento de no teñir de sectarismo a sus obras. Y cuando los aceptó, cumplió una labor destacada y de gran utilidad para el país. Lo obsesionaba, en términos de Ortega, el futuro de las próximas generaciones, para las que dejó la herencia de su imperecedera obra.

La ética republicana de Alberdi quedó plasmada también en la letra de sus *Bases*. En sus páginas, con toda autoridad, expresaba que, ante las difíciles circunstancias por las que atravesaba el país en ese momento -que pueden asimilarse a las actuales-, *«La mejor política, la más fácil, la más eficaz para conservar la Constitución, es la política de la honradez y de la buena fe; la política clara y simple de los hombres de bien, y no la política doble y hábil de los truhanes de categoría»*

---

<sup>90</sup> Pedro J. FRÍAS, «El principio de indestructibilidad de las provincias en crisis», Córdoba, Cuaderno de Federalismo, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, t. XV, pág. 153.

y, citando a Platón, afirmará que «*El gran arte del gobierno... es el arte de hacer amar de los pueblos la Constitución y las leyes. Para que los pueblos la amen, es menester que la vean rodeada de prestigio y esplendor*»<sup>91</sup>.

No hace falta prestar mucha atención para advertir que uno de los problemas más graves por los que atravesamos los argentinos, se relaciona con la crisis ética y de representatividad de nuestra dirigencia en su conjunto. Los «cacerolazos» han sido los encargados de marcar el ritmo del descontento generalizado que, entre otros efectos, han determinado que muchos presidentes, en pocos días, sólo hayan podido apenas sentarse en el sillón de Rivadavia.

La crisis de gobernabilidad nos recuerda aquello que sostenía Alberdi cuando, refiriéndose a las condiciones que debía reunir el Poder Ejecutivo, decía que «*debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre pero no en la realidad*»<sup>92</sup>. Nos preguntamos, ¿han cambiado tanto las condiciones del país como para, al menos, comenzar a pensar en un cambio de sistema político, por ejemplo, de índole parlamentaria?

Creemos, sin embargo, que la ruidosa protesta debe dejar escuchar la voz de una nueva dirigencia, que acompañada de las herramientas legales pertinentes, empieza a pedir protagonismo -al igual que la generación del 37-, con la certeza de que puede llevar adelante el cambio que el país requiere. Ante tal circunstancia, varios han sido los proyectos que, a nivel municipal, provincial y federal, se han dado a conocer en relación a la denominada y muy difundida «*reforma política*». Muchos han sido los que han opinado sobre el tema pero, nos preguntamos, ¿cuáles han sido los cambios operados? Muy pocos, lo que indica que nuestra dirigencia sigue jugando al «gatopardismo» y los temas más importantes quedaron

---

<sup>91</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XXXIV, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 192.

<sup>92</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XXV, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 134.

afuera de la agenda y del debate <sup>93</sup>. Basta con señalar que, pese a que es una de las reformas más solicitadas <sup>94</sup> por la sociedad, aún contamos con las listas sábanas para la elección de los candidatos a cargos legislativos.

En verdad, más que listas sábanas, estamos hablando de «listas frazadas»: sólo podemos apreciar la «cabeza» de la lista, sin poder observar al resto de los que integran el «cuerpo» que, como en una noche fría, permanecen «tapados».

En definitiva, sin un cambio moral y la adopción de un compromiso republicano por parte de nuestros dirigentes, al estilo de Alberdi, todas las reformas que se produzcan serán estériles, con el peligro que tal circunstancia apareja para el futuro de nuestra joven democracia.

#### *IV.1.5. Las Bases y el «corralito argentino»*

Alberdi, al analizar las características de las constituciones americanas, sostiene que en su primera etapa -comprendida entre los años 1810 y 1816- tenían como objetivo fundamental lograr la independencia y la libertad de España. En el segunda período -desde el año 1816 en adelante-, en cambio, éstas debían «*propender a organizar y constituir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra*». Entre esos medios figuran la libertad de comercio y la industria sin trabas <sup>95</sup>, como formas de asegurar la concreción de aquellos ideales -independencia y libertad- tenidos en cuenta en la primera fase del constitucionalismo de esta parte del mundo.

Alberdi consideraba al desarrollo económico como base del progreso en los aspectos políticos y sociales, sin caer en una concepción que pueda tildarse como materialista <sup>96</sup>. En este punto, como era de esperar,

---

<sup>93</sup> Según palabras del reconocido politólogo argentino, Daniel Zovatto, en declaraciones al diario La Nación, del domingo 25 de agosto de 2002, Sección 7, pág. 3.

<sup>94</sup> Citamos, como ejemplo, las conclusiones a las que arriba la Mesa del Diálogo Argentino, publicadas el 11 de julio próximo pasado, en su punto número 6.

<sup>95</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo X, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 42.

<sup>96</sup> Evitando que pudiera existir duda alguna sobre el humanismo de Alberdi, sostiene Alfredo Palacios que «*Lo fundamental era construir; construir con urgencia y*

juega un papel preponderante e insustituible el derecho de propiedad, de tradicional raigambre liberal.

¿Y que diría Alberdi si a su estudio de brillante abogado concurre uno de los miles de argentinos «acorralados» no sólo en sus ahorros, sino en sus esperanzas, sueños y proyectos de vida? Creemos que redactaría los fundamentos de la acción de amparo en los siguientes términos: *«Las Constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución. Así la Constitución argentina no debe limitarse a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho»*, agregando que *«Debe pues dar garantías de que no se expedirá ley orgánica o civil -ni decretos de necesidad y urgencia, decimos nosotros- que altere, por excepciones reglamentarias, la fuerza del derecho de propiedad consagrado entre sus grandes principios»*<sup>97</sup>.

El tristemente célebre «corralito financiero» se ha convertido en uno de los ejemplos más claros y extendidos de violación del Estado de derecho en nuestro país desde que se restableció la vigencia del orden constitucional.

Como decimos arriba, no sólo se afectó y restringió la disponibilidad del ahorro por parte de miles de argentinos, sino que el problema se proyectó por encima de su costado económico y jurídico para impactar de lleno en la faz psicológica.

Parece increíble que después de tanto tiempo desde la sanción de la Constitución de 1853, nuevamente nos encontremos con una violación

---

*sin distraerse, para organizar la patria... Para él lo económico es un medio. Exagera su valor cuando la acción lo exige, pero siempre lo considera un medio al servicio del hombre. Quiere caminos, puertos, ferrocarriles porque ese es el triunfo del espíritu sobre la materia, triunfos sin víctimas ni lágrimas... Estudiaba los métodos positivos, sin duda, antes de que se estructurara la doctrina positivista, pero no desconoció nunca la autonomía de la personalidad humana como valor absoluto»* (Alfredo L. PALACIOS, *Alberdi, constructor en el desierto*, Buenos Aires, Losada, 1944, pág. 36).

<sup>97</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XVIII, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 93.

sistemática por parte de las autoridades que dirigen el gobierno, del derecho de propiedad, sin cuyo ejercicio es imposible concebir el desarrollo de una comunidad. Por eso volvemos a Alberdi, para recordar que «*La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas -insistimos nosotros, o decretos de necesidad y urgencia- no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados en ella, como se ha visto más de una vez*»<sup>98</sup> y que los jueces juegan un papel determinante en este punto, como en todos aquellos en los que está en juego la vigencia de la Constitución, porque ésta, la ley o el gobierno «*son palabras vacías si no se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira*»<sup>99</sup>.

## V. Palabras finales

Hemos tenido un gran placer y ansiosa necesidad, con la excusa de estas humildes páginas, de estudiar y conocer un poco más la inmensa figura de Juan Bautista Alberdi. Y lo hemos hecho a través de sus *Bases*, que no es otra cosa que el borrador de la Constitución de 1853, esa «carta de navegación» utilizada para llegar a buen puerto, en épocas en que las tempestades golpeaban con toda su furia.

Las *Bases*, pese a tener en miras la organización constitucional argentina a mediados del siglo XIX, fueron pensadas por muchos años para ser escritas para los tiempos, sin que pueda decirse que sus objetivos han sido cumplidos totalmente. Lo incumplido es, quizás, la esperanza de un cambio que aún espera nuestro compromiso y trabajo.

Camino al bicentenario de la Revolución de Mayo y del nacimiento de Alberdi, creo que ha llegado la hora de repensar nuestro futuro como nación. Tal como ocurrió después del primer grito de libertad, nos encon-

---

<sup>98</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XVI, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 77.

<sup>99</sup> Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo XVI, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 78.

tramos en un momento difícilísimo de nuestra historia, en donde, nuevamente, el desencuentro parece ser nuestra más nítida característica.

Pese a todo, somos optimistas. Estamos convencidos de las enseñanzas que dejan las crisis, en el sentido de la posibilidad que brindan para renovarse y crecer. Y para ello todos los argentinos tendremos que asumir nuestras responsabilidades en cada uno de los ámbitos en que debemos actuar con seriedad y patriotismo -¡qué hermosa palabra y cuán olvidada la tenemos!-.

Y en esta difícil tarea que debemos afrontar buscaremos, sin duda, la palabra y el ejemplo de Alberdi, a quien queremos rendir un homenaje mucho más importante que el triste honor de que su figura se reproduzca en los bonos que circulan por todo el país, producto de la dura crisis argentina.

No queremos olvidarnos de Alberdi y de sus *Bases*. No podemos darnos ese lujo. Para Alberdi, *ese ausente que jamás salió de su país*, son estas páginas.

**ACTO DE PRESENTACIÓN DEL  
‘LIBRO HOMENAJE A JUAN BAUTISTA ALBERDI’**



ACTO DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO-HOMENAJE A  
JUAN BAUTISTA ALBERDI, EN EL SESQUICENTENARIO  
DE LAS BASES. SALÓN DE LOS PASOS PERDIDOS,  
TRIBUNALES I DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA

29 de agosto de 2002

*Palabras del Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira*

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, formadora de abogados ha querido estar presente en este sencillo acto que homenajea a los abogados en su día y a un abogado, en particular, el doctor Juan Bautista Alberdi cuyo natalicio se festeja justamente hoy.

Al cumplirse el sesquicentenario de la publicación de la obra *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba decidieron declarar al 2002, como año alberdiano e iniciar una serie de actos conjuntos que principiaron con las Jornadas Nacionales sobre Juan Bautista Alberdi y su obra, desarrolladas en la Facultad de Derecho durante los días 2 y 3 de mayo y continúan hoy, con la presentación del Libro Homenaje a Juan Bautista Alberdi y su obra, editado por la Academia Nacional de Derecho y la puesta en escena de la obra de Alberdi: *El Gigante Amapolas y sus poderosos enemigos*.

En los duros tiempos, en los que arreciaba la persecución de Rosas contra sus opositores y el gobernador bonaerense consolidaba su predominio en todo el territorio de la Confederación, tiempos de hondos pesa-

res y señaladas ausencias, empapadas de incertidumbre y desazón por una condición compartida, la de exiliados políticos, obligados a abandonar su Patria y que recorren el mundo en busca de un lugar, Alberdi da forma a una pequeña obra de teatro, la titula *El Gigante Amapolas y sus poderosos enemigos*. Fasto dramático en un acto.

El texto esta lleno de símbolos.

El plural del delicado nombre de una flor, Amapolas, enmascara el plural de otra flor: Rosas.

Los enfrentamientos en la comandancia de los jefes unitarios por la conducción de las operaciones militares de la Liga Unitaria se traducen con sarcasmo en los diálogos de los tenientes Mentirola, Mosquito y Guitarra, donde alguien ha querido ver a los generales Paz, Lavalle y Lamadrid.

Los diálogos entre Francisco, el tambor de órdenes y María la cuartelera, desnudan el entramado del tejido social y ponen al descubierto la única circunstancia que fortalece al Gigante y prolonga la tiranía: el miedo de los ciudadanos.

La obra, guarda, como todos los textos clásicos, una vigencia que atraviesa los siglos: la absoluta imposibilidad de conformar un plan sustentable, para rescatar a la República de una caótica situación de crisis, cuando se privilegian los intereses privados sobre los públicos.

Aun así, hay una esperanza y, finalmente el pueblo, encuentra su destino.

En la figura del sargento Peñalbez está depositada la recóndita ilusión, que guía al joven Alberdi en los duros días de su exilio en Montevideo.

Desde hace algunos años, Raúl Sansica dirige el grupo de teatro de la Facultad de Derecho; por su parte el maestro Hugo Pera Bilbao está al frente de los coros de la Facultad y del Colegio de Abogados. Ambos directores han unido entusiasmos y esfuerzos con la participación de alumnos y egresados de nuestra Casa y el apoyo del grupo de teatro Caminantes, dirigido, asimismo, por a la doctora Susana Gómez Melchiora, dando forma al homenaje que la Facultad ha preparado para honrar la noble profesión del abogado y la obra del abogado y del jurista que construyó la identidad constitucional de nuestra República al promediar el siglo XIX.

A todos ellos, señores directores, abogados y jóvenes estudiantes de derecho, mi especial reconocimiento y gratitud.

Un saludo afectuoso a la comunidad del Foro de Córdoba, en nombre propio y de la Facultad de Derecho y mi deseo de ventura personal y profesional, exhortándolos a exigir el cumplimiento de la ley y nuestra Carta Fundamental y avanzar permanentemente en la búsqueda de justicia y libertad, habida cuenta que los hombres de derecho, tenemos hoy la oportunidad histórica para demostrar que los principios fundacionales impresos en la Constitución Nacional, deben quedar intactos y que nuestros magistrados son los fieles custodios de éstos.

Nada más.

\*

*Palabras del Prof. Dr. Domingo Juan Sesin*

En nombre del Tribunal Superior de Justicia, tengo el honor de rendir este merecido homenaje a la memoria y obra de Juan Bautista Alberdi, quien fue el más importante ideólogo de la Constitución de 1853.

No obstante, el transcurso de ciento cincuenta años, el pensamiento de Alberdi recobra una inusitada actualidad frente a la crisis de la Argentina contemporánea que necesita con urgencia elaborar un proyecto estratégico cuyas bases y puntos de partida retomen el rumbo claramente fijado por el padre de la Constitución.

Si bien es cierto que la Constitución norteamericana ejerció gran influencia en la elaboración de la Constitución Argentina, concuerdo con quienes sustentan -como el Prof. Dr. Olsen Ghirardi- que no se trató de una copia fiel. Existen diferencias sustanciales que con gran acierto el fundador proyectó teniendo en cuenta las características de nuestro país.

*Las diferencias* más importantes son las siguientes:

1. La energía del poder del presidente, en su carácter de jefe supremo de la Nación y titular de la Administración General del país (ex. art. 86, inc. 1). Así, por ejemplo, a diferencia de Estados Unidos, en la Argentina no es posible la creación de órganos administrativos dependientes del Poder Legislativo.

La reforma de 1994, al establecer en el art. 75 inc 2, que el régimen de coparticipación debe cristalizarse en una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, en la praxis no ha tenido los

resultados esperados, ya que en los años de vigencia de la reforma, no ha existido ley aprobatoria por falta de los consensos necesarios. Es decir, que la disfunción de este federalismo de concertación, con permanentes reuniones entre el presidente y los gobernadores, ha ocasionado un retorno a los pactos provinciales anteriores a la Constitución de 1953, debilitando la unión nacional y la originaria distribución de competencias que en la obra de Alberdi dejaba en manos del Congreso la responsabilidad fiscal entre la Nación y las provincias (Juan C. Cassagne, «El sentido del federalismo primigenio», diario La Nación, Buenos Aires, 31/5/02).

La disminución de las potestades del presidente con la creación de la Jefatura de Gabinete y el incremento de las facultades del Poder Legislativo buscando una mayor sintonía con el régimen parlamentario, junto con la creación de numerosos órganos extrapoderes con jerarquía constitucional, aunque algunos necesarios pero costosos por su gran aparatología organizacional, han comportado en la realidad, un debilitamiento de las instituciones, susceptible de favorecer el clima de incertidumbre, contradicción, desgobierno y dispendio de los dineros públicos.

Todo ello, difiere con la arquitectura organizacional y funcional que austera y equilibradamente proyectó Alberdi en la Constitución del '53, aun cuando existen muchas innovaciones introducidas en la reforma constitucional de 1994, que es dable ponderar.

Cuanta razón tenía Alberdi cuando sostenía: «*Sin un gobierno nacional, eficaz, serio y justo, que está ausente, faltaban en toda la República Argentina la seguridad, la paz, la justicia, la libertad de la Nación y la del individuo; beneficios del gobierno que no pueden existir cuando el gobierno falta...*» y seguía diciendo: «*... llamado ese poder a defender y conservar el orden y la paz, es decir la observancia de la Constitución y de las leyes,...¿qué importa que las leyes sean brillantes, si no han de ser respetadas? Lo que interesan es que se ejecuten ...pero ¿cómo se obtendrá su ejecución si no hay un poder serio y eficaz que las haga ejecutar?»* (La República Argentina consolidada en 1880, segunda parte, cap. único, párr. 13, pág. 184).

2. Otra diferencia relevante es el énfasis que puso Alberdi, siguiendo el modelo de la Constitución chilena, fortaleciendo la independencia del Poder Judicial, en el entonces art. 95 de la C.N. (hoy 109) cuando dice que el Poder Ejecutivo no puede en ningún caso ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

De tal modo, el único que puede resolver controversias entre partes, con autoridad de verdad legal, es el Poder Judicial en su carácter de autoridad imparcial e independiente. Consecuentemente, si bien pueden existir en nuestro país tribunales administrativos y aún entes reguladores, siempre debe quedar abierta la vía judicial, no a través de un recurso limitado como sucede en Estados Unidos, sino de una verdadera acción donde pueden discutirse tanto las cuestiones de hecho como de derecho.

3. Difieren con el sistema norteamericano, la existencia en la Argentina de facultades reglamentarias a cargo del Poder Ejecutivo y lo que es más importante, la legislación de códigos de fondo, únicos para todo el país en materia civil, comercial, penal entre otros, a cargo del Congreso de la Nación. En Estados Unidos, en cambio, cada Estado tiene autonomía para legislar al respecto siguiendo la orientación del *common law*.

Decía Alberdì: «... *la uniformidad de la legislación en estas ramas, no daña en lo más mínimo a las atribuciones de soberanía local y favorece altamente el desarrollo de nuestra nacionalidad argentina*».

No obstante, la desconfianza en el Poder Legislativo cuando legisla y en el Poder Ejecutivo cuando administra, estimuló su imaginación creativa para proyectar un triple reaseguro:

a) Postular en la Constitución que las leyes no pueden desnaturalizar los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución.

b) Confiar en la jurisprudencia al afirmar «*que es el gran medio de remediar el defecto de las leyes*»; «*La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías si no se reducen a hechos de la mano del juez, que en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira...*» (Bases, Cap. XVI, pág. 84).

c) Retardar los cambios normativos al sustentar que: «... *el principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias, a veces, pero constituyen siempre una crisis pública más o menos grave. Son lo que las amputaciones al cuerpo humano; necesarias a veces pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más*»; «... *la verdadera sanción de las leyes, reside en su duración. Remediamos sus defectos, no por la abrogación sino por la interpretación...*», decía. (Bases, cap. XXXIV, pág. 182 y ss.).

El fiel cumplimiento del razonamiento de Alberdi, hubiera promovido la seguridad jurídica en nuestro país, evitando los perniciosos cambios incesantes de las reglas que interfieren tanto en la actividad estatal como particular.

Ha menester, como bien sabemos, salvaguardar la previsibilidad y estabilidad de la actividad reglada para facilitar no sólo el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos sino también para bosquejar claras normas de juego, como pilares fundamentales que promuevan el despegue económico y el bienestar de la Nación.

Con gran énfasis nos enseña, también Alberdi que: «... *la mejor forma de combatir toda inobservancia o violencia, es por los medios que nos brinda la Constitución misma... sin apelar nunca a las vías de hecho, porque la rebelión es un remedio mil veces peor que la enfermedad...*»

También afirmaba: «...*pero no lo olvidéis: la paz solo viene por el camino de la ley. La Constitución es el medio más poderoso de pacificación y orden*». (Bases, Cap XXV, pág.136).

La recomendación propiciada por Alberdi de respetar la Constitución era tan fuerte que según él, ni siquiera la soberanía popular puede autorizar su incumplimiento.

En tal sentido, se preguntaba: «*pero ¿qué es la soberanía del pueblo?*». Y respondía: «...*es el poder colectivo de la sociedad, de practicar el bien público, bajo la regla inviolable de su estricta justicia. La soberanía del pueblo, no es pues la voluntad colectiva del pueblo; es la razón colectiva del pueblo, la razón que es superior a la voluntad, principio divino, origen único de todo poder soberano sobre la tierra. Así el pueblo no es soberano sino de lo justo... y el pueblo no tiene más poder que el que recibe de la justicia; si se toma más aún, el pueblo es un usurpador*» (Fragmento preliminar al estudio del derecho, 1837, pág. 59).

Alberdi conoció acabadamente los enfrentamientos civiles, los desencuentros e infortunios hasta conseguir la ansiada unidad nacional. Por eso nos sugiere, fervientemente, en todas sus obras, el fiel acatamiento de la Constitución, aún en tiempos difíciles.

De allí que constituye una regla de oro que sirve para todos los tiempos y, en especial, para los angustiosos momentos que estamos viviendo, sus señeras palabras cuando dice: «...*la Constitución es la carta de*

*navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los tramos difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a la salvación, con solo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella traza, para formar el gobierno y reglar su marcha...».* (Bases, Cap. XXXIV, pág.188).

Ante la grave crisis de nuestra Argentina, ya no es dable aceptar posturas intermedias: o bregamos para que la Constitución sea una verdad aplicada y no una superstición explotada -como decía Ramón Cárcano-, o nos arriesgamos a sucumbir en los suburbios «del estado de naturaleza» referenciado por Tomás Hobbes, donde la violencia, la desnaturalización de los derechos y libertades y el caos, van sustituyendo el orden constitucional por un proceso de «desconstitución». Porque, como bien dijo el citado Hobbes, hace más de tres siglos, «... *el hombre que renuncia a su humanidad termina siendo lobo del hombre*».

No es que la democracia y la Constitución resuelvan todos los problemas, sino que esencialmente determinan con claridad los procedimientos pacíficos de resolución de conflictos. El pleno ejercicio de las instituciones brinda las herramientas necesarias para intentar superar una y otra vez las dificultades. Aun cuando no puedan ser remediadas en su totalidad, es dable garantizar una actuación eficiente y eficaz que constantemente imagine nuevas estrategias para encontrar soluciones.

Los hombres del derecho no tenemos otra herramienta que el derecho para decir y hacer ejecutar lo que es derecho.

De allí que, precisamente, somos los hombres del derecho quienes tenemos la gran responsabilidad de hacer respetar las instituciones republicanas, el ordenamiento jurídico, los derechos y garantías constitucionales, el cumplimiento efectivo de las obligaciones y contratos, las reglas pacíficas de resolución de conflictos, propiciando las reformas necesarias para perfeccionar el derecho, jamás para destruirlo.

Somos los hombres del derecho junto a toda la sociedad, quienes nunca debemos olvidar el sacrificio de nuestros héroes, que construyeron el sistema constitucional y perfilaron al país hacia un destino de grandeza, en el marco de la unidad nacional, la paz y el orden. En nombre de ellos, sería dable esperar que mediante el consenso de todos los sectores y en nombre del interés general de la Nación, dejando de lado intereses personales, sectoriales, partidarios y transnacionales, se formule un programa estratégico, que como en 1853, priorice el rol industrial y exportador del

país, elaborando progresistas políticas de Estado, que todo gobierno debería cumplir, garantizando su continuidad y previsibilidad.

En este marco principiológico, hoy los argentinos tenemos que terminar con la cultura de la evasión de responsabilidades, pues con ello también se nos evade nuestra seguridad, nuestros derechos y libertades, nuestros más nobles sueños y, lo que es más grave, el bienestar del país, en especial, de los más carenciados.

Debemos nuevamente saber defender nuestra Patria como lo hicieron nuestros fundadores priorizando, en serio, nuestros intereses generales por sobre los intereses corporativos nacionales e internacionales.

En definitiva, debemos ponernos de pie, transformando nuestra tristeza en imaginación creativa y solidaria, para el bien de nuestro pueblo y para que esta crisis que hoy nos agobia, sólo sea un entumecimiento pasajero, preludio de más bellos destinos.

\*

*Palabras del Dr. Olsen A. Ghirardi*

Señora presidenta del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Dra. María Esther Cafure de Batistelli, señores académicos, señores magistrados, señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en esta segunda parte de la conmemoración del sesquicentenario de las *Bases* de Juan Bautista Alberdi, que se celebra, hoy, 29 de agosto de 2002, aniversario del natalicio del autor, entrega y presenta al público, por mi intermedio, el Libro-Homenaje con que se ha querido honrar la labor del talentoso tucumano.

Toda la comunidad académica colaboró en la tarea realizada de consuno con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Y toda la comunidad universitaria, de esa manera, se asoció también al acontecimiento. No faltó tampoco la adhesión del Colegio de Abogados de la provincia de Córdoba y la singular y entusiasta participación de las autoridades máximas del Poder Judicial de la Provincia, que se adhirieron igualmente a este acto y pusieron a disposición del fasto, el austero e imponente marco de este Salón de los

Pasos Perdidos del edificio de Tribunales, obra exquisita de la arquitectura de nuestra ciudad.

El Libro que hoy presentamos tiene dos secciones. En la primera, se contienen diversas actas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en las que se jalonan claramente las etapas progresivas de la preparación del homenaje y que comienzan a desenvolverse desde el 15 de mayo de 2001, cuando se esboza el proyecto y se denomina el año dos mil dos como año alberdiano. Contiene, además, el convenio celebrado entre la Academia y la Facultad de Derecho (30 de octubre de 2001). Se describe, igualmente, la primera parte de la conmemoración, en oportunidad de la realización del acto central de las jornadas del sesquicentenario (2 y 3 de mayo de 2002) que se inició con una solemne y brillante apertura en el salón de grados de la Universidad Nacional de Córdoba. Se transcriben las palabras pronunciadas en dicho acto por quien habla, en el carácter de presidente de la Academia, y las del señor decano de la Facultad de Derecho. Finalmente, en este punto, se incluye la conferencia central del acto, sobre el tema «Juan Bautista Alberdi y Joseph Story».

Continúa el primer volumen con lo acontecido en los dos paneles en que se desarrollan las jornadas. En el primer panel tenemos: *La provincia argentina entre Alberdi y la realidad*, por Pedro J. Frías; *Alberdi y las fuentes del derecho público argentino*, por Dardo Pérez Guilhou; *Alberdi y la República posible*, por Juan Fernando Segovia y *Pensamiento y actualidad de Alberdi*, por Jorge Reinaldo Vanossi. En el segundo panel figuran: *Alberdi, el federalismo y el municipio y el derecho público provincial*, por Ricardo Haro; *La amistad de Avelino Ferreira y Juan Bautista Alberdi*, por Miguel Angel De Marco; *Alberdi y Tucumán*, por Carlos Páez de la Torre y *Una lectura de las Bases*, por Víctor Tau Anzoátegui.

En la segunda parte, se editan los trabajos de nuestros académicos y estudiosos del país y del exterior, sistematizados por el Dr. Ricardo Haro, de acuerdo a los siguientes temas: *Alberdi, su vida y sus tiempos*, *Alberdi y la Constitución de 1853/60*, *Alberdi y el federalismo*, *Alberdi y la filosofía del derecho*, *Alberdi y el derecho internacional* y *Derecho comparado*. Entre los colaboradores extranjeros, contamos con la participación de publicistas de España, Francia, Italia, Chile, Uruguay y Puerto Rico.

La edición completa consta de dos volúmenes de 522 y 535 páginas, respectivamente, con la que se concreta por escrito el homenaje a la labor de nuestro gran publicista.

Debemos agradecer al director de Publicaciones de la Academia, Dr. Humberto Vázquez, sus desvelos y su dedicación para que esta fase del homenaje se convirtiese en una realidad. Con orgullo, a pesar de nuestras limitaciones económicas presentamos esta obra y entregamos los ejemplares pertinentes a las autoridades asistentes a este acto.

Nada más.

## **DECLARACIÓN SOBRE LA CRISIS**



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

Ante la gravedad y profundidad de la crisis política, económica, social y moral que atraviesa la República Argentina, que constituye una de las encrucijadas más preocupantes que ha debido enfrentar nuestro país en los últimos tiempos de su historia, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se siente en la obligación de expresar su opinión, en ejercicio de su magisterio institucional, con la finalidad de efectuar algún aporte, que pueda servir para el restablecimiento del orden y la superación de los problemas que nos aquejan.

Si se describen de manera objetiva los síntomas o signos externos de la crisis, su rasgo sobresaliente lo constituye el incremento inusitado de la conflictividad social, la contraposición permanente de intereses dignos de tutela, como así la sensación colectiva de estar inmersos en una inestabilidad de tal magnitud, que ha hecho desaparecer por completo el valor seguridad, tanto para la sociedad civil como para la política.

Tal lamentable situación, pública y notoria, con el deterioro evidente de la dirigencia del país, conlleva, como escondida detrás de la prisa que caracteriza a la declarada emergencia, la tentación finalista que privilegia la efectividad o el resultado inmediato por sobre el respeto de la ley y el orden jurídico-social.

Conviene recordar que el imperio de la fuerza, cuando se transforma en sustituto del derecho, se traduce en regímenes totalitarios que derrocan y subvierten los gobiernos democráticos y constitucionales. Puede llegarse también a idénticos resultados en situaciones donde, detrás de una apariencia de legalidad formal, se vulneran torpemente los derechos y garantías, se gobierna al impulso de los vaivenes de la presión directa, que desplaza y excluye instituciones genuinas de la repre-

sentación política, o, en definitiva, se transgrede constantemente el principio de legalidad, mediante la negación de las correctas vías de procedimiento que terminan ubicando a la emergencia por encima del mandato supremo de la ley.

Ante estos peligros, ciertos y actuales, por los que atraviesa nuestra sociedad, esta Corporación se siente en el deber de hacer una severa advertencia: resulta de fundamental importancia tener en cuenta que la única manera de volver a la normalidad, de superar la crisis y de resolver de la mejor forma posible los problemas que nos aquejan, es mediante el ejemplar respeto e irrestricto cumplimiento de la Constitución Nacional, que, en definitiva, no es otra cosa que una explícita reiteración de la supremacía del derecho como expresión cultural colectiva de la Nación.

Los cimientos del país serán seguramente reconstruidos, no sin dolorosos esfuerzos, por cierto, en la medida en que se restablezcan y pongan rápidamente en práctica los grandes enunciados éticos que orientan la conducta humana, tanto en gobernantes como en gobernados, principios que dimanan de la misma naturaleza del hombre, por lo que nuestro reclamo no se detiene solamente en un retorno al derecho concebido exclusivamente a través de su expresión formal o positiva, sino que se hace impostergable la refundación de la ley, conforme a las reglas propias de una axiología moral, capaz de hacer coincidir las reglas naturales con las positivas, compatibilizando, al mismo tiempo, los intereses individuales con los de la colectividad.

A modo de conclusión, fervorosamente, instamos al Poder Público:

1) A respetar la absoluta soberanía de la ley, en especial, de la Constitución Nacional, lo que implica el riguroso mantenimiento del estado de derecho.

2) A observar el fundamento ético del derecho y no sólo la mera legalidad, asegurando la eficacia y la independencia del Poder Judicial.

3) A instrumentar reformas urgentes en lo político, en lo social, en lo económico, que tiendan a procurar una equitativa distribución de la riqueza y una genuina solidaridad social.

Y pedimos, por lo tanto, públicamente, que se destierren para siempre de la República, toda forma de corrupción; todos los privile-

gios, cualquiera sea su clase y, muy especialmente, los sectoriales; todo lucro superfluo en desmedro del bien común; todo daño a la vida, al derecho, al honor.

Córdoba, 9 de abril de 2002.

*Dr. Ernesto Rey Caro*  
*Secretario*

*Dr. Olsen A. Ghirardi*  
*Presidente*



# **JORNADAS MÉDICO-JURÍDICAS**



## JORNADAS MÉDICO-JURÍDICAS SOBRE MINORIDAD Y DELITO. REFLEXIONES Y APORTES

En sede de nuestra Academia, por gestión conjunta de las comisiones directivas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y de la Academia de Medicina, se desarrollaron las «Jornadas Médico-Jurídicas sobre Minoridad y Delito. Reflexiones y aportes», los días jueves 12 y viernes 13 del pasado mes de diciembre.

El día jueves 12 el panel de expositores se integró con el Pbro. Dr. José Alessio, profesor de «Ética y Política» y de «Bioética» en la Universidad Católica de Córdoba, quien abordó el tema: «Implicancia de la familia, escuela y sociedad, en la minoridad y el delito».

Con la Dra. Laura Valles, miembro integrante de la Secretaría de Derechos Humanos del Poder Judicial, quien se refirió a: «Prevención y riesgo social».

Y con el Dr. Alberto Crucella, juez de Menores de la 1ª Circunscripción Judicial, quien abordó el tema: ¿Es necesario bajar el límite de imputabilidad de los menores...?

Abrió la jornada el presidente de la Academia de Medicina, Prof. Dr. Alfredo Martínez Marull y actuó como moderador del debate posterior, el Prof. Dr. Humberto Vázquez.

\*\*\*\*

El día viernes 13, el panel de expositores se integró con el abogado y psicólogo, Dr. Ricardo Rosemberg, quien expuso el tema: «El menor como víctima y el menor como victimario».

Por su parte, el Prof. Dr. Miguel Angel Dahbar, se refirió al: «Uso indebido de drogas y conductas ilícitas asociadas» y, finalmente,

el académico, Dr. Angel A. Monti, abordó el tema: «Cerebro y violencia adolescente».

Pronunció las palabras finales clausurando las jornadas, el presidente de la Academia Nacional de Derecho, Dr. Olsen A. Ghirardi y actuó como moderador del debate, el académico Dr. Rafael Garzón.

Es propósito de las autoridades académicas impulsar la realización de nuevos eventos para el próximo año académico.

**HOMENAJE PÓSTUMO  
AL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE  
DR. JUAN CARLOS AGULLA**





*IN MEMORIAM*

JUAN CARLOS AGULLA

Quienes, a pesar de la diferencia de edad, lo conocimos cuando joven, sabemos de su capacidad e inspiración para la aventura intelectual. No se conformó con la abogacía y se especializó en sociología, disciplina cada vez más necesaria para abarcar la complejidad de las sociedades de la globalización. Cursó posgrados en España y Alemania, de los que tengo noticia en encuentros breves que tuvimos en Europa.

He leído sus *Memorias* con afecto y respeto, porque devuelven una personalidad atravesada por la energía y la innovación. Podía ser un becario sobresaliente, pero aumentaba sus ingresos colocando andamios en edificios en construcción y otros menesteres que los alemanes no se dignaban desempeñar.

Alrededor de 1958 fue becario en Chile, pero su aspiración era la docencia en Córdoba. Y la hizo en la Universidad Nacional, formando sociólogos que lo siguen reconociendo como su maestro.

Instalado en Buenos Aires, fue designado miembro correspondiente de la Academia de Derecho de Córdoba y miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y de la Educación, cuyas preocupaciones hemos compartido.

Nunca dejaba de aportar su visión sobre las materias de su competencia.

Sólo conoció la entropía por breve tiempo, pero fue su final. Lo extrañaremos.

*Pedro J. Frías*



**NUESTRO SITIO WEB**



NUESTRO SITIO WEB: <http://comunidad.vlex.com/acader>

En el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ubicado en <http://comunidad.vlex.com/acader>, durante el año académico 2002, se incorporó un vínculo hacia un sitio que realiza estadísticas de visitantes que funciona desde el 18 de julio. Desde esa fecha, la página electrónica de la Academia ha recibido 2.700 visitas.

El 66 por ciento de las visitas que recibe la página web son de la República Argentina. El resto, corresponde a visitantes de diversos países de América, Europa, Africa y Asia.

El sitio web ha sido consultado desde México, Estados Unidos, España, Perú, Italia, Venezuela, Chile, Brasil, Bolivia, Colombia, Portugal, Francia, El Salvador, República Dominicana, Costa Rica, Nicaragua, Canadá, Panamá, Uruguay, Inglaterra, Sudáfrica, Paraguay, Ecuador, Alemania, Marruecos, Pakistán, Surinam, etcétera.

Han consultado el sitio web de la Institución, el Ministerio de Economía de la República Argentina, el Parlamento de la Unión Europea, el Senado de México, la Universidad de Roma, etcétera.

Han establecido vínculos en su sitio web hacia el de la Academia, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad de París, la Academia de la Magistratura Peruana, el Colegio de Escribanos de Córdoba, la Facultad de Derecho de la Universidad Blas Pascal, el buscador jurídico argentino Legalmania, el buscador jurídico brasileño Verbo Jurídico, etcétera.

Se han publicado en el vínculo de doctrina más de 140 ensayos de los señores académicos, entre otros son autores de los trabajos: el Dr. Olsen A. Ghirardi, el Dr. Luis Moisset de Espanés, el Dr. Pedro J. Frías, el Dr. Daniel Pablo Carrera, el Dr. Armando S. Andruet, el Dr. Ricardo Haro. En la sección de informes se da difusión a los actos públicos que

realiza la Institución, a las convocatorias de concursos, a las declaraciones de la Academia. En el vínculo ediciones se informan los libros que edita la Academia.

Se creó una sección sobre el tema «Crisis argentina» y se han publicado numerosos artículos del académico Dr. Efraín Hugo Richard.

## **RECENSIONES**



*TEMÁTICA DE LAS CONSTITUCIONES SINODALES  
INDIANAS (S. XVI-XVIII): ARQUIDIÓCESIS DE LA PLATA*

de Nelson C. DELLAFERRERA y Mónica P. MARTINI,

Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho,  
2002, 209 págs..

La historia del derecho eclesiástico indiano, estudiada en sus fuentes primarias, es *«una veta todavía poco explotada, como instrumento de trabajo y de reflexión, para teólogos, juristas y canonistas, historiadores, sociólogos, antropólogos, estudiosos de las ideas morales y culturales, etc.»* (pág. 11), sobre todo porque este derecho es un resultado americano de la Escuela de Salamanca, inaugurada en el siglo XVI por Fray Francisco de Vitoria, para regular de otra manera la convivencia entre indios y españoles.

*«Desde las primeras décadas del siglo XVI -aun antes de la promulgación de Trento- las asambleas indianas -conciliares y sinodales- se vieron obligadas a discutir y a llevar a la práctica medidas orientadas tanto a la definición de los derechos de los pueblos originarios como a su incorporación a la fe, lo cual las dotó de un muy particular valor agregado»* (pág. 12).

Concretamente, modificaron el *modo* de aplicar esas prescripciones jurídicas, de acuerdo a la situación de *cada provincia eclesiástica*, si era necesario para lograr los objetivos que tenían. Esos cambios y su evolución dentro de cada contexto, son los temas de los múltiples estudios que pueden hacerse, así como lo que se mantuvo sin cambiar o con cambios mínimos.

Esta colección se propone ordenar *por temas* las constituciones que fueron aprobadas por los sínodos en el territorio de cada Arzobispado, para librarlos a la investigación. Trabajo difícil, emprendido por dos miembros de número del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Este tomo, el primero, abarca el temario de los sínodos conocidos total o parcialmente en el territorio que desde 1609 fue el del Arzobispado de Charcas (La Plata), incluyendo los obispados de Asunción, Tucumán, La Paz, Santa Cruz de la Sierra y Buenos Aires. La diócesis del Antiguo Tucumán incluía a Córdoba. En ella (Santiago del Estero), se reunieron tres sínodos convocados por Fernando de Trejo y Sanabria y otros dos reunidos en Córdoba, por Manuel Mercadillo, cuyo texto está extraviado (págs. 28/29).

El libro abre a la investigación temas ahora desusados (por ejemplo, sobre la *usura*: «malicia de su esencia por derecho natural, divino y humano»; «qué causas han de intervenir para hacer lícito el interés» (pág. 174). Puede decirse que el esfuerzo de los autores del libro tendrá éxito.

*Marcelo A. Barberán*

*ARGENTINA HOY, DESDE NUESTRA AMÉRICA,*  
DE SOCIEDAD ARGENTINA DE FILOSOFÍA,  
Colección Perspectivas, t. VIII,  
Córdoba, Alejandro Korn, 2002, 454 págs..

El derecho necesita de la filosofía y ambas disciplinas deben ser pensadas. Son los pensadores los que, a partir de raíces, a veces ocultas, interpreten los procesos que conforman nuestro entorno cultural. El libro que comento es de pensadores a partir de la filosofía.

Se inicia con mensajes de Alberto Wagner de Reyna y de Hans Lenk y hay un recuerdo especial para Manuel B. Trías pero está justamente dedicado al filósofo Arturo García Astrada.

En el capítulo dedicado a la «Argentina hoy: situación y pensamiento» hay catorce colaboraciones. En la parte segunda, «Filosofía en la historia» hay dieciocho. En la parte tercera, «La idea del hombre en el siglo XXI», hay diez artículos. La calidad de las reflexiones enseña en pluralidad de direcciones.

Destaco el impecable prólogo de Judith Botti porque sintetiza tanto la oportunidad del libro, como su entero sentido, además de la generosidad para quienes apoyaron desde hace veinticinco años su iniciativa de dar vida a una Sociedad Argentina de Filosofía, a la que se une siempre el Instituto Germano Argentino de Filosofía.

No está pensado en abstracto, sino «en los aciagos momentos por los que está pasando nuestra amada Patria». Y la consigna ideada por la S.A.F. es exacta: «No podemos ser ciudadanos del mundo, si renegamos de la Patria». Y no puedo dejar de transcribir un verso de Lugones: «*Llevo en mí la Patria entera/ como dulzura cordial/ como la miel del panal/ lleva en una gota la pradera*».

Ojalá se multipliquen esfuerzos inteligentes -he visto muchos el año anterior- para pensar en nosotros y nuestras circunstancias, sin olvidar nunca nuestros deberes: recuperar la ciudadanía plena.

*Pedro J. Frías*

*RESPONSABILIDAD CIVIL POR LIQUIDACIÓN  
DE EMPRESAS DE SEGURO,*

de Miguel A. PIEDECASAS,  
Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, 896 págs..

El autor enfrenta en lúcidos 13 capítulos la frondosa temática generada por la liquidación de empresas de seguros, que en nuestro país no corresponde a una mera teorización sino a un rico campo experimental, que generó daños a los asegurados por diversos riesgos, y a terceros víctimas en el seguro de responsabilidad civil.

En la introducción, el autor ya plasma el enfoque desde la «confianza defraudada» partiendo *«de la idea amplia de consumidor de seguros, lo que permite ubicar a los legitimados para intentar estas acciones de responsabilidad»*, ante *«la caída insolvente de estas empresas, que ha sido una constante en la realidad económica de nuestro país»*.

En el Capítulo I sobre «Nuevas tendencias en el seguro contra la responsabilidad civil» ubica a éstas *«En búsqueda de la eficacia de la respuesta asegurativa»*, la configuración de comités de siniestros para determinar la procedencia o improcedencia del siniestro reclamado, tendiente a la rápida superación del conflicto, hacia la acción directa y mirando más a la víctima que al asegurado.

El Capítulo II está destinado a la «Crisis y límites del seguro», revisando la «patología del sistema», en que existe un buen campo de experiencias en nuestro país.

El Capítulo III se concentra en «El consumidor de seguros», relacionando la ley de seguros 17.418 con la de protección al consumo 24.240, y el aspecto de la insolvencia de las aseguradoras, comenzando con una adecuada ilustración jurisprudencial que acompaña durante todo el libro, con completas transcripciones de fallos.

En el Capítulo IV analiza la aplicabilidad al seguro y a la actividad asegurativa de la legislación sobre «lealtad comercial» y «defensa de la competencia», en el aspecto de reparación de los daños y perjuicios que se pudieran causar, sin ingresar al incumplimiento de las disposiciones sobre infracciones, sosteniendo la aplicación del régimen común para la responsabilidad extracontractual, con origen en una conducta ilícita.

La liquidación de las empresas de seguro, que importa la insolvencia de quien debe responder centralmente, ocupa el Capítulo V, atendiendo al carácter de empresa con objeto bajo control, la aplicabilidad supletoria de la ley de quiebras, y las tentativas por marginar la aplicación de las normas de la ley 20.091 a través de abrir el concurso o el cambio de objeto de las sociedades aseguradoras, temas sobre los que registra antecedentes de la jurisprudencia.

Hasta aquí, el autor desarrolla el escenario ante el cual va a incursionar, de la insolvencia de la empresa de seguros surge el planteo de cómo reparar los daños generados por esa insolvencia a asegurados y víctimas. Por eso el Capítulo VI plantea la responsabilidad de los administradores de sociedades aseguradoras, partiendo de los principios generales de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales, revisando las normas de la ley específica de la empresa de seguros, las previsiones limitativas contenidas en la ley de quiebras, particularmente en cuanto al dolo que requiere, y la posibilidad de incluir a otros factores de atribución o de avizorar otras acciones. En este aspecto se refiere a la posibilidad del corrimiento del velo societario, la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica o sea la imputación aditiva a terceras personas jurídicas o físicas por abuso de control, ilustrando siempre con casos concretos, basado fundamentalmente en que *«no es diligente el administrador que, ante la situación de insolvencia de la sociedad no acude al remedio de los procedimientos concursales, ni actúa con diligencia aquel administrador que conociendo el estado de insolvencia de la sociedad, contrata con terceros en nombre de ésta. En tales casos la responsabilidad de los administradores se ventila por la acción individual entablada por tercero»*, en extensa cita de autor español -con legislación algo diferente a la de nuestro país, pero en cuyas conclusiones hemos coincidido en trabajo publicado en *Doctrina Societaria y Concursal* de marzo de 2002-, fijando así criterios equilibrados que aclaran una doctrina ambigua que ha llevado a los administradores societarios, particular-

mente en sociedades bajo control, a actuar con cierta desaprensión, por lo que se genera responsabilidad por actos u omisiones culposas o dolosas. Por otra parte, es fundamental destacar que los órganos societarios perduran, aun en caso de liquidación y de quiebra, para ejercer la defensa en juicio y las acciones de responsabilidad y reintegración del patrimonio de la sociedad administrada, incluso ante daños causados por el Estado, los órganos de control, la controlante u otras empresas del grupo, administradores y fiscalizadores, que no sean ejercitadas por el liquidador oficial, o para coadyuvar con éste.

En lo específico de las relaciones asegurativas se abre un campo más amplio de legitimados pasivos con la «responsabilidad de los productores de seguros», que trata en el Capítulo VII, a través de la obligación de asesoramiento como deber profesional, con una ilustración jurisprudencial con la transcripción de fallo vinculado a esta participación típica del contrato de seguro.

Continuando en lo específico, aborda en el Capítulo VIII un negocio marginal que ocupó la realidad operativa de las compañías aseguradoras en dificultades, con la transferencia indirecta de su clientela: «Responsabilidad de las cesionarias o adquirentes de cartera ante la liquidación de la empresa de seguros». Se trata de una forma de vaciar el patrimonio del valor llave o clientela, donde se plantea la duda sobre la aplicabilidad de la ley de transferencia de fondo de comercio, y se ilustra con un fallo el alcance de esa responsabilidad por la particular modalidad de un negocio para continuar los negocios de una aseguradora en dificultades, por otra. No puede dejarse de suponer cierta connivencia entre los administradores de ambas sociedades.

Un campo más amplio de la responsabilidad lo integra con la del abogado en la liquidación de las empresas de seguros, en el capítulo siguiente, el IX, particularmente deteniéndose en la responsabilidad de la aseguradora y del abogado por el ejercicio abusivo del proceso, por litigar sin razón, lo que pone en el tapete uno de los problemas centrales del incumplimiento sociológico que hoy se registra, basado en la advertencia de que incumplir permite discutir la cuestión en un largo proceso donde el hipergarantismo soslaya el derecho de fondo y no se aplican sanciones adecuadas, generándose la montaña de papel que oscurece el panorama al momento de dictar sentencia. Se trata particularmente de referirse al abogado designado por la aseguradora que puede ser imputado de daños

y perjuicios. El capítulo abre una nueva perspectiva, que puede generalizarse sobre el abogado que litiga sin razón, que alarga el proceso a sabiendas de la insolvencia de su defendida y que la sentencia en su contra será inejecutable. Se trata, en suma, de devolver la confianza y la seguridad en el sistema jurídico y judicial.

Siguiendo en lo típico del negocio, el Capítulo X se refiere a la responsabilidad de las reaseguradoras frente a la liquidación de las empresas de seguros, con antecedentes de derecho comparado y jurisprudencia.

Y se llega al nudo de la cuestión en nuestro país: la responsabilidad del Estado y la Superintendencia de Seguros de la Nación por falta de control, donde el autor plantea distintos factores de atribución y la jurisprudencia. Representa parte del drama argentino: la falta de eficiencia en los sistemas estatales.

El Capítulo XII plantea desde su título el caso especial: «La liquidación de las empresas de seguro y el autotransporte público argentino», donde se agudiza la crisis del transporte público de pasajeros ante la falta de cobertura de las reclamaciones por víctimas, pese a haber abonado las primas, por la insolvencia de las compañías aseguradoras, generando normas especiales y la jurisprudencia en torno de éstas.

Cierra el libro el Capítulo XIII sobre «Fondos de garantía en seguro» como salida para la crisis sistémica, pero generada masivamente por una actitud permisiva de los organismos de control, una actividad aventurada de los administradores tutelados por una doctrina flexible. Esos fondos de garantía tienen expresión en la ley de riesgos de trabajo, en el derecho comparado y son presentados por el autor como posibles para afrontar estructuralmente la cuestión.

En suma, el excelente trabajo donde el autor intenta visualizar con integridad las modalidades de reparación de los daños causados en el negocio asegurativo por la insolvencia de las empresas de seguros, impone su consulta. En la actualidad el análisis también ilumina en torno de la insolvencia de los bancos, donde también existen hoy muchas víctimas insatisfechas por las medidas gubernamentales tardías, ante el vaciamiento generado por diversas causas, en muchos casos por la propia actitud endógena de ciertos bancos, sus controlantes y administradores.

El nuevo libro que se nos entrega constituye un importante aporte teórico práctico (por las profusas y completas transcripciones de fallos)

sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad, específicas para el campo del negocio del seguro, pero que puede aplicarse a otros negocios bajo control estatal y posible de considerar dentro de las relaciones de consumo.

*Efraín Hugo Richard*



*¿PODRÁ CAMBIAR LA JUSTICIA EN LA ARGENTINA?*,

de Felipe FUCITO,

Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, 159 págs..

Con un gran entusiasmo hemos leído el magnífico libro del profesor de la Universidad de La Plata, Dr. Felipe Fucito; el que sin duda alguna nos ha parecido de una factura técnica encomiable así como, a la vez, de significativo valor los aportes que al mundo de las dos profesiones jurídicas por excelencia: la abogacía que se ejerce libremente y la que se cumple desde la magistratura, tal como formula el libro.

En realidad, hay que señalar que la edición tiene antecedentes anteriores en estudios de un tenor semejante por el propio Fucito, y que fueron como tales, haciendo germinar el gran árbol que la obra ahora presente es. Y cuando señalamos lo del gran árbol, no se debe pensar en un libro voluminoso, sino por el contrario es relativamente breve en cuanto a dicho aspecto, mas sumamente extenso en la reflexión que razonablemente tiene que disparar en el auditorio que a ella accede. Se trata, decimos, como de esos pequeños libros que dejaron su estela en la historia de la que se ocupa, como la ya famosa conferencia de J. Von Kirchmann en 1847 negando el carácter científico al derecho, o la solitaria obra poética de A. Rimbaud, en particular *Una temporada en el infierno*; que sólo ellas, les valieron a sus autores respectivamente, ocupar un lugar en la iusfilosofía o entre los memorables poetas del siglo XIX.

La pregunta que lleva por título la obra, no es generosa y mucho menos retórica. Se trata de saber si existiendo fortalezas y debilidades que describe y analiza, en la formación de los abogados y en los modos de cumplirse la realización profesional de los abogados y los jueces; si en realidad es posible pensar que la administración de justicia en la República, pueda tener alguna modificación. Nos animamos a responder, casi kantianamente, que tal como las cosas están dispuestas, resultaría suma-

mente ingenuo pensar que en el corto plazo la manera de ejercer la administración de justicia por parte de los jueces, o de cumplir con el *ethos* profesional por los abogados se vea alterada. En nuestra perspectiva, la respuesta afirmativa a la pregunta es de carácter inviable.

Sin perjuicio del dolor y lamento que ello significa, la verdad, es una de las pocas cosas que pueda ser escondida bajo el tapete. Y es el tapete precisamente lo que el trabajo: meticulado, sostenido y fiable del Prof. Fucito, lo que propone a los lectores y en rigor, que deja inerme a todo aquel que quiera seguir asumiendo cosmovisiones idílicas, utópicas o de envidia para los ámbitos profesionales de los que hablamos.

En realidad, desde hace varios años a esta parte, se ha cuestionado el verdadero estado en que los ámbitos profesionales de abogados y jueces tienen, pues por caso, si en realidad las actitudes mañosas y trapalonerías que ciertos abogados ejercen en su vida profesional es parte de un accidente que a ellos les comprende o por el contrario, integra parte de una esencia de un ejercicio profesional hoy bastante devaluado. Pues por caso también, saber hasta dónde los jueces son individuos que tienen en realidad alguna preocupación seria, cierta, podríamos decir en realidad ontológica, por satisfacer en justicia los casos que son puestos a su consideración o, por el contrario, sólo privilegian las formas y no tienen actitudes provocativas para modificar los modelos imperantes y que en definitiva, transitan la línea de la indiferencia socialmente controlada.

Vale la pena decir, y para no desanimar al futuro lector, que en realidad el libro está mucho más organizado que nosotros mismos en la ocasión. Pues el autor propone, como corresponde a todo buen sociólogo, el comenzar su estudio por analizar lo que terminará siendo causa mediata para el fenómeno ya anunciado, esto es, cuál es la formación que los jueces y abogados del futuro han recibido en las diferentes casas de estudio -públicas y privadas- de la República. En tal preocupación se ve impuesto de tener que analizar con algún detalle, cuánto están dispuestos los estudiantes del grado de abogacía en mejorar su propio status académico y cuánto es lo que a ello pueden colaborar los profesores universitarios.

El saldo que de lo uno y otro se obtiene es realmente lamentable; no sólo que los estudiantes en realidad cada vez estudian menos y no se cuantifica ello por una mera resultante de los promedios generales de las promociones, sino en verdad, porque basta conocer de dónde es que abrevan para conformar sus estudios de grado: la existencia, proliferación y por momentos monopólica presencia de apuntes como única bibliografía

de los alumnos, es el signo de la evidencia empírica de un resultado de aprendizaje propio de la mediocridad académica. Ello sin duda será lo que explica de futuro, la anemia cultural a la cual asistimos entre los abogados, y a lo que, ya casi impertérritos hemos terminado por internalizar y que sin duda alguna, se manifiesta en sencillez de lenguaje, carencia del modo metafórico en el discurso y ausencia de contexto general.

Sin embargo y como bien lo apunta el autor, no son sólo los alumnos los que se han devaluado, sino también los profesores de Derecho los que se han desprestigiado; quizás una fuerte proletarización de dicha actividad universitaria frente a la necesidad de tener que ocupar una masa de alumnos siempre en ascenso, al menos en carreras como la de abogacía, trae como resultado efectivo, un menor o casi ningún estímulo para cumplir el acto docente con total cuidado, dedicación y orientación.

Puntualiza con notable acierto el autor, que uno de los tantos déficits que se advierten desde la clase profesoral de derecho, es paradójicamente la poca apertura a la construcción de espacios críticos entre los alumnos del grado. Llegando a ciertos extremos, donde el asumir actitudes de cuestionamiento -serio y no meramente ocasional- por parte de los alumnos, lejos de ser un dato que debería diferenciar al docente por haber generado dicha actitud dentro de los alumnos, pues que aparece como causal de preocupación, puesto que al ser el profesor cuestionado, le impone que deba sortear dicha exigencia, con mayor estudio; lo cual no siempre está dispuesto a efectuar.

Se ocupa luego el libro de los jueces y de los abogados, cada uno de ellos tiene dedicado un capítulo y sin duda que son igualmente sustanciales. Nos ha resultado absolutamente familiar, la lectura que Fucito ha realizado de la comunidad profesional de los jueces: una porque la integramos, la otra porque su descripción a veces grave y seria, mas siempre respetuosa y nunca denostadora, desde un horizonte más acotado también nosotros la habíamos advertido. Resultaría conveniente que los jueces de la República, en tiempos tan complejos y convulsionados como son los actuales, se ocuparan de hacer una lectura desprejuiciada de lo que un relevamiento científico dice que poseen como fortalezas y debilidades. Se trata no ya de una mera encuesta de opinión, que quizás se pueda poner en duda, cuánto de manipulación ha podido tener. Aquí no hay tal fantasma, el estudio tiene la suficiencia empírica de un universo de casos sumamente amplio, y la seriedad profesional ya conocida del destacado Prof. Fucito.

Nos ha resultado sumamente valioso el análisis que en el libro se formula a propósito de la realización administrativa de la administración de justicia, y de pequeños aspectos que puestos en el análisis efectivo desde una preocupación por realizar cambios, serían más o menos logrables en el breve tiempo. Paradójicamente no se tratan ellos, de modificaciones que presupongan más costos económicos; suponen, sin embargo, los otros costos y que no son los que inmediatamente el dinero posibilita, o sea una cuestión de mentalidades y creencias en lo que se está realizando y del para quién se lo está haciendo. La referencia a la actitud de servicio en quienes integran la administración de justicia y no del servirse de ella, para los propios intereses particulares integra un sugestivo capítulo y que en realidad apunta a la reformulación de los operadores del derecho. El análisis que en dicha parte del libro se realiza nos parece sustancial, con lo cual, el círculo como figura perfecta encuentra su propio cierre. Pues de nada serviría formular sólo los diagnósticos de una realidad, sin hacer lo propio en cuanto a las terapéuticas posibles que orienten la mejoría del paciente crítico, que es la administración de justicia.

Se trata sin duda de un libro que resulta recomendable para todos aquellos que tienen algún interés por conocer más seriamente y no meramente por lo fenoménico, lo que acontece en la administración de justicia. Personalmente lo hemos sugerido en cursos de capacitación a magistrados y sin perjuicio de ciertas resistencias iniciales, la verdad siempre se impone sobre el error; y la verdad es que todos quienes, de una u otra forma, aspiramos a una mejor administración de justicia tenemos una dilatada tarea por cumplir.

Le achacamos al libro una sola cuestión, y es que a la hora de hacer la evaluación que supone comentarlo no es posible ocultar. Se vería mucho más apreciado para la consulta ulterior a su lectura principal, si contara con un índice analítico o por materias, puesto que de lo contrario, reubicar ciertos tópicos se puede volver una cuestión un tanto fatigosa. No descartamos que una próxima edición pueda superar el mencionado aspecto.

*Armando S. Andruet (h)*

*PEQUEÑO DICCIONARIO DE LA SABIDURÍA. RECOPIACIÓN DE FRASES Y CONCEPTOS,*

de Mario MARTÍNEZ CRESPO,

Córdoba, Ediciones del Fundador, 2002, 331 págs.

No resulta sencilla la tarea de efectuar un comentario de naturaleza bibliográfica de una obra que tipológicamente es un diccionario. Ello porque tal como el mismo Diccionario de la Lengua Española dice, se trata de un «*Libro en el que se recogen y explican de forma ordenada voces de una o más lenguas, de una ciencia o materia determinada*»; lo cual, como se podrá advertir, nos impone a nosotros, comentaristas de ella, de una tarea que si quiere ser exhaustiva debería ser analítica de cada uno de los tópicos que en la obra son desarrollados.

Obviamente que esa no será nuestra línea de acción en la ocasión, puesto que nos declaramos incompetentes para tal gestión, como tampoco, relataremos cuántas voces son recogidas y explicadas, o cuántos autores son citados. Utilizaremos un camino entonces menos académico, sin embargo en nuestro parecer más ameno; intentaremos evocar la misma sensibilidad que la lectura de muchas de sus voces nos generó y que como tal, provocaron esta presentación.

Por de pronto hay que destacar ¿cuál es la materia que es recogida en el presente Diccionario?, a ello decimos, que no estamos frente a uno de carácter ortodoxo, porque resulta más o menos corriente hallar no sólo diccionarios de la lengua, sino también de autores, de profesiones, de ciencias, de magias, de símbolos o de deportes, entre otros. Pero encontrar diccionarios que compendien «frases y conceptos», tal como su autor dice, no es lo más habitual.

En orden a ello, hay que agregar que recopilar frases y conceptos como reza el subtítulo de la obra, presupone algo más que recopilar; porque si bien ello también el diccionario dice que es «Juntar en compendio,

recoger o unir diversas cosas...», quien se coloca en dicha gestión, ha tenido sin lugar a duda una particular impronta para que su cosecha no sea a tontas y locas sino dirigida por algún patrón. Y en dicho orden de cuestiones, si los conceptos que son indicados, en realidad son algo más que signos, y por lo tanto evocadores de una realidad ontológica que a modo esencial constituyen cada una de las palabras, y por lo tanto la hace diferente de toda otra; es que aparece obvio, que el Dr. Mario Martínez Crespo ha elegido con particular preocupación cada una de las voces que conforman su *Diccionario* y singularmente en cada una de ellas, habrá encontrado una valiosa razón para ser incorporada al compendio.

Señalo lo indicado, porque debe advertirse que se trata de un Diccionario -que modesta e inmerecidamente es nominado de «pequeño»- que el autor ha especificado «de la sabiduría». Y ello es sin dudarle el punto nuclear, porque se trata del campo temático que el autor ha elegido, y lo ha hecho sobre la misma comprensión de lo que él mismo ha catalogado como «Saber, Sabiduría, Sabio» (pág. 270) y en realidad ello es, y valiéndonos ahora de otro tipo de diccionario como es el etimológico, la raíz de dichas nociones está en el latín *sapere*, ello es propiamente «tener gusto, ejercer el sentido del gusto, tener tal o cual sabor».

Y bien pues, Martínez Crespo, quien ya nos tiene acostumbrados a producir libros de factura excelente, no ha faltado en este caso a una cita que él mismo fue modelando: ser realmente exquisito en el libro que realiza. Nadie puede en verdad recoger conceptos que refieren a la esencia de cosas bellas, sin a la vez, ser una persona que ha llegado a esa misma realización.

Posiblemente uno pueda pensar que a veces los autores, producen libros en algunas ocasiones por la necesidad de ilustrar o dotar de instrumentos epistemológicos a la comunidad; y en otros casos, sólo por compartir con su auditorio de lectores, su misma apertura a la dimensión de lo auténticamente sublime como es la misma impresión de lo que delimita y por ello esencializa la sabiduría. Mario Martínez Crespo ha producido un libro de absoluta belleza, no se busque en él doctrina, jurisprudencia, hermenéutica jurídica; para ello hay mucho y suficientemente bueno. Quien quiera disfrutar y gozar con la lectura de la manera, en que grandes personas entendieron las realidades transcendentales que al hombre le suceden, aunque le sucedan todos los días, es conveniente que se solacen con dicha obra.

Nuestra felicitación también, para la cuidada edición de la obra a cargo de Ediciones del Fundador y aunque pueda parecer menor, la excelente carátula que reproduce un vitral de la Catedral de Chartres que recuerda a la figura de los Tres Reyes Magos, del siglo XII; fuera de cual sea la cosmovisión teológica que se tenga, es siempre una evocación de afecto y que inspira sabiduría auténtica.

*Armando S. Andruet (h)*



*DROITS PREMIERS. Pour une métaphysique de la singularité des droits et des cultures,*

de Jean-Marc TRIGEAUD,

Paris, Éditions Vierre, Bibliothèque de Philosophie Comparée, Philosophie du Droit-20, 2001.

Jean-Marc Trigeaud es un fecundísimo escritor, radicado en Burdeos y profesor de la Universidad Montesquieu. Este nuevo libro contiene una serie de artículos publicados en diferentes lugares y tiempos, que guardan una perfecta coherencia y permiten al autor aglutinarlos bajo el título de «Primeros derechos».

Trigeaud, para decirlo desde el inicio, más que un filósofo del derecho, es un metafísico. Me atrevería a decir, que es uno de los pocos metafísicos que quedan en ésta, nuestra época tan positivista. El escribir estas líneas me trae a la memoria la conversación que sostuve en París, con Claude Tresmontant, en su domicilio, cuando éste me decía: «Cuando cumpla la edad -y no falta mucho para ello- me he de retirar de las cátedras que tengo en la Sorbona. Me pregunto quién enseñará después Filosofía de la Edad Media y Metafísica que tan poco interés despiertan hoy entre los estudiantes».

En la obra que nos ocupa advertimos que los diversos artículos (que constituyen capítulos) han sido editados, como anticipación, en otras tantas publicaciones. Así, el caso de «Droits premiers. Aspects du culturalisme», lo ha sido en el libro en *Homenaje a don Miguel Reale*; «Un choix socratique. Entre Rosmini et Rorty», prefacio de la obra de W. R. Daros *Objetividad, verdad y relativismo en Richard Rorty y Antonio Rosmini*; «Le fondement du droit peut-il éter recu de son interprétation?», en el *Libro homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield. Bicentenario de su nacimiento*; «Dialectique et démonstration dans le raisonnement juridique», en el volumen *El siglo XXI y el razonamiento*

*forense*; «Remise de dettes. La naissance de l'obligation», en los *Archives de Philosophie du droit*; «Les yeux ouverts. La conviction et les degrés de la connaissance dans l'enseignement de la philosophie du droit», conferencia con ocasión de un coloquio en *American Maritain Association/Center for Continuing Education*; «Rosmini, Portalis et l'union des sexes dans le Code civil français», en la *Rivista rosminiana di filosofia y di cultura*; «Marginalisation. Des retours d'Amérique», en los *Archives de Philosophie du droit*; «La hauteur de la vérité. Un platonisme christianisé», en el volumen de homenaje a *Liber Amicorum: Carità intellettuale, Testimonianze*; «Liberté, pouvoir et puissance dans le langage des sources du droit», en el volumen especial en *Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Sesquicentenario de las Bases*; «Droits de l'homme au XX siècle», en la Revista *Persona y Derecho*; y «Paix éthique et paix juridique», en la Revista *Thèmes*.

Esta docena de artículos revelan, de manera permanente, cómo el autor va al corazón de los grandes problemas: el problema de la persona, el y los derechos, la cultura y las ideologías. Los grandes problemas no se resuelven jamás, en el pensamiento de Jean-Marc Trigeaud, sin acudir a la «persona una e integral siempre presente y sin cesar distinta».

Nos complacen, por otra parte, las generosas citas del autor referidas a pensadores de nuestras latitudes, que se alternan de manera muy humilde con las grandes cimas del pensamiento universal.

*Olsen A. Ghirardi*

## **MEMORIAS DE LOS INSTITUTOS**



## MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

Tengo el agrado de dirigirme al señor académico presidente, en cumplimiento de lo establecido por el Reglamento del Instituto de Derecho Comparado, para informar sobre las actividades que se realizaron durante el presente año por el Instituto que dirijo.

Estas pueden ser divididas en dos categorías, las cuales son:

1) El dictado regular de clases sobre derecho comparado, con la consecuente discusión de los temas tratados en ellas;

2) El inicio de comunicaciones con instituciones sitas en Argentina y en el extranjero para establecer contactos más complejos que permitan el mejor conocimiento del derecho extranjero.

En lo que concierne al primer punto, se efectuaron reuniones regulares todos los miércoles, desde las dieciocho y treinta minutos, con una duración aproximada de hora y media a dos horas. Las reuniones se extendieron desde el comienzo del año académico hasta el pasado miércoles 11, con la sola excepción de tres fechas en las que el suscripto se encontraba en el extranjero con motivo de su participación en Congresos o dictado de cursos, y otra, con motivo del fallecimiento de mi señora madre.

En esas reuniones se trataron diversos temas referidos al derecho comparado, entre los que podemos mencionar, por la atención que merecieron:

1) El estudio del contrato de “leasing” en el derecho argentino y extranjero, haciendo hincapié en su utilidad como instrumento paliativo de la falta de liquidez, facilitador del crédito y reactivador económico, señalando la diversas modalidades con que se presenta en el tráfico jurídico y comercial de los países en donde mayor grado de desarrollo ha alcanzado, deteniéndonos igualmente en el análisis de los aspectos registrales que presenta este contrato;

2) El contrato de “fideicomiso”, y el abandono de la estructura de la figura de la fiducia romana por parte del legislador a través de la ley 24.441, y su acercamiento al “trust” anglosajón;

3) El abuso de derecho y el temor al abuso de derecho como causal suficiente para viciar la voluntad;

4) Las diversas formas en que se estructuran los sistemas jurídicos, y la importancia de una cabal aprehensión de éste a la hora de afrontar una investigación de derecho comparado, con especial referencia a la modificación de las facultades de calificación de los registradores peruanos respecto de los mandatos judiciales, reforma realizada en materia regulada por el Código Civil peruano a través del Código de Proceso Civil;

5) Estudio del Proyecto de Código Civil de 1998, y su comparación con los anteriores proyectos de reforma de la legislación civil en nuestro país;

6) El estudio de los regímenes de los bienes sometidos al dominio público del Estado, y su regulación por el ordenamiento civil y/o administrativo, estudiando con especial énfasis las limitaciones a las facultades de los particulares que pueden ser impuestas por el poder estatal, a través del análisis de un proyecto de reforma al art. 2340 del Código Civil argentino de la Cámara de Diputados de la Nación;

7) La tradición traslativa del dominio, abordando el desarrollo de los modos de adquisición de la propiedad, en reemplazo de la *mancipatio* y la *in iure cessio*; al igual que los modos de transmisión del dominio que encontramos actualmente en el derecho comparado, a saber: a) la *traditio mero consensu* (Francia, Portugal, Polonia, Checoslovaquia), b) la “inscripción constitutiva” (Alemania), c) la *traditio rei* (*propio* del sistema iberoamericano, en general);

8) Las astreintes en el derecho administrativo, con especial referencia al Código Administrativo de Polonia, el cual las contempla ante la demora en el cumplimiento de una resolución administrativa;

9) El principio *nemo plus* y su interpretación por la jurisprudencia;

10) Las nuevas tendencias en el estudio de la responsabilidad civil y la preeminencia que está adquiriendo el daño como presupuesto básico, y hasta -se podría decir único-, a la hora de ordenar el resarcimiento, inclusive en supuestos en que falta algunos de sus presupuestos, tal como la ilicitud.

Los integrantes del Instituto que han asistido regularmente fueron: Verónica Gómez Tomás, Alejandra Garay, Delia Córdoba, Christian Guillermo Sommer, Eduardo Sánchez, Guillermo Federico Campbell Gargiulo (que actúa como secretario).

En lo que se refiere a los contactos iniciados con instituciones afines a nuestros objetivos, cabe señalar las comunicaciones iniciadas con la Embajada de Polonia en la República Argentina, más específicamente con su Sector Cultural, para la consulta de material jurídico; y con la Academia de Letras Jurídicas del Brasil, presidida por el Prof. Dr. Othon Sidou, con el *intuito* de participar en las actividades que aquella institución organice, y que se condigan con nuestro estudio.

Además, se atendió una solicitud del profesor Néstor J. Musto, de la Universidad del Litoral, remitiéndose el texto de las normas que en materia de servidumbre se encuentran en códigos extranjeros que obran en la Biblioteca del Instituto.

Agradeciendo la atención que se dispense a esta Memoria, saludo al señor presidente con mi mayor consideración, y por su intermedio a los distinguidos miembros de la Academia.

*Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*  
*Director del Instituto de Derecho Comparado*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE SANTA FE

En el corriente año las actividades del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe), se concretaron en la realización de cuatro sesiones académicas, a saber:

- Panel sobre «Problemática actual de la capacidad y responsabilidad civil y penal de los menores de edad». En la oportunidad, disertaron el Prof. de Derecho Penal, Dr. Daniel Erbeta, y los profesores de Derecho Civil, Dres. Edgardo I. Saux y Enrique Stein, todos ellos miembros del Instituto. La reunión tuvo lugar en la sede del Instituto, el 14 de junio de 2002.

- Conferencia del Prof. Dr. Eloy Emiliano Suárez sobre las ideas que se plasmaron en su libro de *Introducción al derecho*, editado por la Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral (23 de setiembre de 2002).

- Conferencia a cargo del Dr. Alfredo Mario Soto, sobre «La emergencia y el derecho de la Universidad». El Dr. Alfredo M. Soto fue ganador del premio de 1999 al Joven Investigador de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Su disertación tuvo lugar el 21 de octubre de 2002.

Estas dos conferencias precedentes fueron patrocinadas conjuntamente por el Instituto de Derecho y Ciencias Sociales, y por el Instituto de Filosofía Jurídica y Teoría General del Derecho, del Colegio de Abogados de Rosario, que preside el académico correspondiente Dr. Ariel Alvarez Gardiol.

- Auspicio del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales (Santa Fe) a la conferencia brindada en el mes de agosto pasado por el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen Ghirardi, en el Seminario sobre Interpretación Jurídica que dirige el Dr. Rodolfo Vigo, académico correspondiente, en curso de post grado en la Facultad Católica de Derecho de Rosario (Univ. Católica Argentina).

Se ha convocado a todos los miembros del Instituto a la última sesión del corriente año, que se ha de celebrar el 17 de diciembre próximo. En esa oportunidad se ha de considerar el plan de la labor académica a desarrollar por el Instituto en el curso del año 2003.

Corresponde hacer presente que en la primera sesión celebrada en el corriente año, el director del Instituto, Dr. Roberto H. Brebbia, solicitó licencia por razones particulares y asumió el cargo de director, en el mismo acto, el subdirector, Dr. Luis O. Andorno.

En otro orden, también en el curso del corriente año se formalizó la cesión del uso de un local ubicado en la sede del Rectorado de la Universidad Nacional de Rosario, por parte de la Universidad y a favor del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe). En este local cedido se celebran las sesiones ordinarias, y se ha instalado la biblioteca del Instituto.

Concluyendo el informe, se hace saber que el Dr. Roberto H. Brebbia ha expresado su voluntad de reasumir sus funciones de director del Instituto, circunstancia que se concretará en el curso de la última reunión de este año, programada para el próximo 17 del corriente.

*Dr. Luis O. Andorno*  
*Subdirector*

*Dr. Juan José Casiello*  
*Secretario*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE EDUCACIÓN

Como consta en los informes de 1994/2001, el Instituto inició un Programa de perfeccionamiento de investigadores en la enseñanza del derecho, como proyección de sus actividades en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. En la continuidad de dicho Programa el director del Instituto planificó en el presente año actividades, según se detalla a continuación.

Los objetivos del Programa son:

- Ofrecer un espacio para la reflexión y análisis de los problemas actuales vinculados a la enseñanza, para lograr la transformación del derecho y su práctica. Para ello, se identificarán los temas estratégicos que permitan satisfacer las necesidades de perfeccionamiento docente y la formación de recursos humanos para la docencia y la investigación.

- Lograr que las innovaciones pedagógicas que surjan a partir de este análisis desciendan al aula en provecho de la formación de los alumnos.

El tema elegido para este año es «La globalización». La estructura del Programa consta de dos bloques:

- Un bloque preliminar con un seminario de tres sesiones, que será coordinado por la Dra. Zlata Drnas de Clément, miembro de número de la Academia y por el director del Instituto (3, 10 y 17 de abril).

- Un segundo bloque que comprende los seminarios correspondientes a las áreas y coordinadores que se detallan a continuación:

1. Internacional público, coord. Prof. Dra. Zlata Drnas de Clément (24 de abril y 4 y 15 de mayo).

2. Internacional privado, coord. Prof. Dra. Amalia Uriondo de Martinoli, miembro del Instituto (22 y 24 de mayo y 5 de junio).

3. Comercial, coord. Prof. emérito Efraín Hugo Richard, miembro de número de la Academia (12, 19 y 26 de junio).

4. Público, coord. Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler, miembro del Instituto (24 y 31 de julio y 4 de agosto).

5. Civil, coord, Prof. Manuel Cornet, miembro del Instituto (14, 21 y 28 de agosto).

6. Penal, coord. Prof. Dr. Carlos Lascano y Prof. Luis Bonetto, miembros del Instituto ( 4, 11 y 18 de septiembre).

7. Economía política, coord. Prof. Dr. Sergio Guestrin, miembro del Instituto (2, 9 y 16 de octubre).

8. Historia del derecho, coord. Prof. Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira, miembro de número de la Academia y Marcela Aspell, miembro del Instituto de Historia del Derecho (23 y 30 de octubre y 6 de noviembre).

Estaba prevista la participación del director del Instituto en el primer bloque, lo que pudo cumplirse. No así la tarea del director del Programa, en cuanto se lo impidieron razones de salud. Es de destacar, que todas las actividades planificadas se cumplieron regularmente.

*Dr. Fernando Martínez Paz*  
*Director del Instituto*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE FEDERALISMO

1. Edición y distribución de 300 ejemplares de Cuaderno de Federalismo N° XV.

2. Designación de miembro correspondiente en Mendoza de la Dra. María Gabriela Abalos.

3. Acto de premiación en la Academia (22/5/02). Premio al Mérito Federal: Dra. Miriam Consuelo Parmigiani de Barbará. Premio ECO-Córdoba: Facultad de Arquitectura. Universidad Católica de Salta. Premio Concurso de Monografías: Dr. Diego Alberto Giuliano (Rosario). Mención: Dr. Enrique José Marchiaro (Rafaela); Dr. José Emilio Ortega (Córdoba); Dr. Luis Alberto Martínez y Ab. Ruth Raquel Barros (en colaboración) (Salta).

4. Asesoramientos diversos.

5. Disertación sobre poderes locales (Mendoza, 20/4/02).

6. Jornada de reflexión sobre Ambiente.
7. Jornada de reflexión sobre Federalismo en Buenos Aires.
8. Jornada de reflexión sobre Federalismo en Córdoba y constitución de la Comisión de Estudios para la fusión de Neuquén y Río Negro.
9. Participación institucional en la conferencia sobre «Regionalización de Neuquén y Río Negro» (Universidad Nacional de Córdoba, 25/9 y sobre «Región Centro» en Bolsa de Comercio de Córdoba, 26/9/02.
10. Visita de los alumnos de la Cátedra de Derecho Público Provincial del Prof. Federico Robledo a la Academia. Hablaron el director del Instituto y el presidente de la Academia, 25/10/02.
11. Participación institucional en virtud del acuerdo de cooperación, en el Seminario del Instituto de Federalismo, de la Universidad Católica de Salta, sede Buenos Aires, 1/11/02.
12. Dirección de la 4ª Jornada de reflexión sobre Ambiente en el Instituto de Política Ambiental de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la que se presentaron seis trabajos de la jornada realizada en Córdoba, 4/11/02.
13. Preparación de Cuaderno de Federalismo XVI a aparecer en 2003.
14. Conferencia sobre descentralización de Frías en el Encuentro Argentino Chileno (Mendoza, 29/11/02).
15. Disertación del director del Instituto en la presentación de la Federación de Colegios de Abogados de la Región Centro (5/12/02).
16. El archivo y la biblioteca del Instituto tuvieron 240 (doscientos cuarenta) consultas durante el 2002.

*Pedro J. Frías*  
*Director*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE LA EMPRESA

El Instituto de la Empresa cumplió con su labor de extensión de la Academia dentro de los campos de su especialidad, bajo la continuada

dirección de Efraín Hugo Richard. Lo formalizó a través de su presencia institucional en congresos, cursos, y apoyo a doctorandos, investigadores, publicaciones. La reseña de la labor cumplida el año pasado consta en la Memoria del Instituto de la Empresa en Anales de la Academia, año académico 2001, Córdoba, mayo 2002, pág. 627.

- La situación crítica económico y social fue encarada en numerosas publicaciones e intervenciones, traducándose también en la reformulación de la participación del Instituto en la página electrónica de la Academia <http://comunidad.vlex.com/acader>, suplantando así cualquier publicación con soporte papel, alcanzando una penetración impensada conforme los controles de lectores nacionales y extranjeros impuesto por la Comisión Directiva.

Un reconocimiento a la labor del Instituto se formalizó a través de la incorporación de su director a la International Academy of Commercial And Consumer Law en la reunión de Pittsburgh, efectivizada en ausencia en la reunión en Hamburgo realizada el 14 de agosto (hasta el 18), con la comunicación sobre la versión bilingüe del proyecto de ley sobre «Quiebras transfronterizas», que obra en la página electrónica.

Las publicaciones y reseñas en esa página fueron las siguientes:

- Los arts. 43, 48 y 52 de la ley 24.522: una mezcla explosiva.
- Empresas aseguradoras o bancarias - Concurso.
- Globalización económica *e lex mercatoria*.
- La protección de los ahorristas en la crisis financiera (en torno al fallo N° 509 del 27 de agosto de 2002 en Expte. 49-F-02 - «Funes, Lylian Elsa c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro - Amparo» - Juzgado Federal N° 2 de Córdoba.
  - Responsabilidad de administradores societarios
  - Pérdida del capital social en la emergencia económica.
  - Ante la crisis: Volver al corazón del derecho comercial.
  - El viejo corazón del derecho concursal.
  - El viejo corazón del sistema financiero.
  - El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera.
    - Responsabilidad bancaria.
    - Arts. 48 y 52 ley 24.522 en versión ley 25.589. La propuesta heterónoma y nuevas «variantes» (¿un juego de ajedrez?).

- Situación y responsabilidad del sistema financiero.
- Situación del sistema bancario argentino.
- La solución rápida a los conflictos arbitraje y mediación. El retorno al corazón del derecho mercantil.
- Deuda externa.
- El art. 48 de la ley 24.522 ref. por la ley 25.589. La propuesta heterónoma y nuevas «variantes»
- Personalidad jurídica. Inoponibilidad. Vitolo final
- La enseñanza del derecho hoy: ¿para qué formamos abogados?
- Miguel A. Piedecasas, *Responsabilidad civil por liquidación de empresas de seguros*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, agosto 2002, 896 págs..
- Carlos A. Ghersi, director y autor, en coautoría con Baeza, Liberman, Lovece, Massot, Weingarten, Zentner, Miguel A., *Reparación de daños contractuales producidos por la emergencia económica*, Buenos Aires, Nova Tesis, agosto 2002, 331 págs..
- Salvador Darío Bergel, y Martín Esteban Paolantonio, *Factura de crédito. Actualización*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 10/902, 61 págs.. Se publicaron, de la Dirección, en medios tradicionales.
- Celia Weingarten, *La confianza en el sistema jurídico*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, marzo 2002, 288 págs.. Con prólogo del Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe.
- Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval, *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, septiembre 2002, 455 págs.. Con prólogo de Osvaldo J. Mafia.
- Marcelo J. López Mesa y José Daniel Cesano, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde la óptica mercantil y penal*, Buenos Aires, Depalma, noviembre 2000, 330 págs..

Se publicaron, de la Dirección, en medios tradicionales:

1. Libro: *Las relaciones de organización*, El sistema jurídico del derecho privado, 2ª ed. corregida, Córdoba, Advocatus, 2002. La primera edición la formalizó la Academia.

2. Libro: *Régimen de cheques*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, en coautoría con Jorge Osvaldo Zunino.

3. Libro colectivo: «Personalidad jurídica. Inoponibilidad», pág. 263 a 324 del libro *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, bajo la dirección de Nissen, Pardini y Vitolo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

4. Libro colectivo: *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*», Serie II obras número 30 de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, abril de 2002, págs. 163 a 192, *Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades*.

5. *Responsabilidad por el vaciamiento financiero*, Córdoba, Zeus, año I, 18/6/02, N° 10, t. I, pág. 253 y ss..

6. *Ante la crisis: el viejo corazón del derecho comercial* en libro colectivo, Buenos Aires, Ad-Hoc, pág. 3. Comunicación a las Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Comodoro Rivadavia, 5/6 de septiembre de 2002.

7. «El viejo corazón del derecho concursal» en libro colectivo, señalado en el punto anterior, pág. 7.

8. «El viejo corazón del sistema financiero» en libro colectivo, señalado en el punto anterior, pág. 11.

9. «*Cramdown*». Arts. 48 y 52 de la ley 24.522 en versión ley 25.589. La propuesta heterónoma y nuevas «variantes» (¿un juego de ajedrez?)» en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar N° 177, agosto 2002, t. XIV, pág. 441.

10. «Pérdida del capital social en la emergencia económica (un comentario al decr. 1269/02 de necesidad y urgencia) en *Sem. Jur.*, N° 1379, 19/9/02, pág. 225 y ss..

11. Reportaje en Reporte directo, diario de Córdoba, 9/9/02, pág. 4, «El sistema bancario sólo recuperará la confianza si funciona legalmente».

12. Prólogo al libro *Reuniones a distancia - Teoría y práctica formal* del Prof. Cr. Bernardo Carlino, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002.

13. «La protección a los ahorristas en la crisis financiera», comentario a fallo en *Sem. Jur.*, N° 1.382, 10/10/02, año XXV, pág. 328.

14. «Derecho y economía, el desafío del Siglo XXI» en *Rev. El Derecho*, 26/2/02.

15. «La crisis argentina y la mundialización financiera» en *Rev. El Derecho*, 6/3/02.

16. «Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente» en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 172, marzo 2002, t. XIII, pág. 887 y ss..

17. «La mundialización financiera» en Rev. de Derecho Comercial y de las obligaciones. Rev. de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, N° 198, Buenos Aires, junio 2002, sección Estudios y Comentarios, pág. 351 a 366,

18. «Derecho y economía, el desafío del siglo XXI» en los *Anales de la Academia*, año académico 2001, Córdoba, mayo 2002, pág. 307.

19. «La crisis financiera argentina» en *Anales de la Academia*, año académico 2001, Córdoba, mayo 2002, pág. 321.

20. «Cheque de pago diferido. Aceptación de su uso. Limitación de efectos propios por falta de registración», Cuaderno N° 2 del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación de nuestra Facultad, pág. 9.

21. En el mismo Cuaderno citado en el punto anterior «Palabras del profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard», a pág. 171.

22. «Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia), pág. 2, número especial de J.A., «Perspectivas actuales del derecho concursal», 7/8/02, J.A. 2002-III, fascículo N° 6) coordinado por Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval.

23. «Ley de concursos: ¿salvataje de ineficientes o del sistema empresario?» en El Tribuno N° 28, edición especial, del Colegio de Abogados de Córdoba.

24. «Daños causados en la actividad comercial. Específicamente por insolvencia» en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año académico 2001, Córdoba, mayo 2002, pág. 343.

## 25. Recensiones

Comentario bibliográfico al *Tratado de Derecho Privado. Derecho Comercial. Homenaje a la Profesora Dra. Ethel C. Alecha de Vidal*, en Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 197, pág. 244.

Del libro *La mundialización financiera* en Anales de la Academia, año académico 2001, Córdoba, mayo 2002, pág. 593.

Del libro *Factura de crédito. Actualización* de Salvador Darío Bergel y Martín Esteban Paolantonio, en Sem. Jur. N° 1.388, 21/11/03, en retiración de contratraba.

Del libro *Responsabilidad civil por liquidación de empresas de seguro* de Miguel A. Piedecosas, Córdoba, en Zeus, año I, 15/10/02, N° 27, t. I, pág. 2.

## Congresos, jornadas y cursos mayores

La labor principal fue la coordinación y auspicio académico de congresos, jornadas y seminarios. La labor del Instituto se realizó con una planificación conjunta con el Instituto (y Ateneo) de Derecho Comercial del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba que dirige nuestro Premio Academia Francisco Junyent Bas, y la Sala de Derecho de Empresa del Instituto de Estudios Notariales del Colegio de Escribanos de Córdoba que dirige Pablo Javier Rodríguez. También se intensificaron en este año las reuniones conjuntas en el seno de la Academia con la Fundación de Estudios de la Empresa, formalizándose cuatro seminarios de reflexión e investigación sobre temas económicos. Se está intentando reconstruir la red con otras instituciones, lo que se manifestó en diversos congresos, en la relación con el Instituto Isaac Halperín, el Instituto Argentino de Derecho Comercial y el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina, entre otros.

Ellos se concretaron en algunos eventos internacionales, como con la Universidad San Pablo, Madrid: II Seminario Hispanoargentino de Derecho de la Empresa dirigido por Emilio Beltrán Sánchez de esa Universidad; Raúl Etcheverry por la Universidad de Buenos Aires, y el suscripto por el Instituto de la Empresa de la Academia, en curso organizado por dichas universidades y la Universidad Notarial Argentina, denominado Seminario Hispano Argentino sobre el Derecho de Empresa con participación de un importante profesorado español y nacional, asumiendo el Instituto la exposición del tema «Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia». También participando en el Congreso Internacional «Los desafíos del derecho frente al siglo XXI», 26 a 30 de septiembre organizado por la Universidad Central de Chile, con participación de juristas de México, Colombia, Ecuador, Perú, Chile y Argentina, sobre «La enseñanza del derecho hoy: ¿para qué formamos abogados? y «Globalización económica y *lex mercatoria*», y compartiendo las IV Jornadas Chileno-Argentinas de Derecho Comercial con «Temas de derecho societario» organizadas por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, República de Chile, los días 25 y 26 de octubre de 2002, interviniendo en debates y relatando sobre «Responsabilidad de los administradores por insolvencia de la sociedad en derecho argentino».

Se colaboró con el IV Encuentro Internacional de Economía en Córdoba (República Argentina, 24/27 de julio de 2002, presentado bajo el título «El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera»). La síntesis se encuentra publicada a pág. 171 bajo el Capítulo VIII de Comunicaciones «Deuda externa y comercio exterior. Especulación financiera y mundialización» en el libro del Congreso: *La economía solidaria: fundamentos desde el humanismo económico* (Comunicaciones, ensayos y ponencias del IV Encuentro Internacional de Economía), Luis Eugenio Di Marco, director de la publicación, Universidad Nacional de Córdoba, junio 2002, 534 págs. y con la disertación en éste.

En la actuación de la Dirección como miembro de The International Insolvency Professionals Directory, edición 2000, donde del interior de la República Argentina registran tres profesionales que integramos con Juan M. Dobson y Adolfo A. N. Rouillón, como juez árbitro del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Argentino Brasileira de San Pablo, Brasil.

Para las actividades futuras fue especial la reunión en Buenos Aires de la Comisión Coordinadora de Congresos Iberoamericanos y Nacionales de Derecho Societario, Concursal y Afines, 30/10/02, asegurando la continuidad de los congresos societarios en Tucumán -2004- y de la Insolvencia y Concursal en Rosario -2006-.

Esa labor en congresos se materializó:

En la coordinación general de la «Jornadas de Estudiantes sobre el Análisis del Derecho Argentino Privado Moderno», del 22 de abril al 10 de mayo, organizado por el Centro de Estudiantes de nuestra Facultad con los Dres. Pizarro, Vallespino y Roitman; en la dirección de la Jornada de Profundización sobre «Conflictos societarios», realizada en la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, el 11 de mayo de 2001, asumiendo la Relatoría en la Jornada de Profundización sobre «Conflictos societarios», realizada en la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, el 11 de mayo de 2001, en el desarrollo del Seminario «Responsabilidad por control. Inoponibilidad de la persona jurídica. Crisis y abusos. Bancos y otros tipos de sociedades», a cargo de Ricardo Nissen y de Efraín Hugo Richard, organizado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba y la Universidad Notarial Argentina, Delegación Córdoba, el 28 de octubre de 2002; en el panel en Jornadas sobre Nuevas Reformas a la Ley de Quiebras (Ley 25.589) en homenaje a Eduardo Favier Dubois (*pater*), sobre El nuevo salvataje empresario, el *cramdown* del art. 48 LCQ.

Aspectos concursales y societarios, en Rafaela en las Primeras Jornadas Rafaelinas de Derecho sobre «Las reformas en materia concursal» el día 31 de mayo, organizado por la Universidad Católica de Santiago del Estero, junto con los profesores Omar Vecchioli, Ricardo Lorenzetti, Jorge Mosset Iturraspe, Adolfo Alvarado Velloso, José Machado, Rodolfo Vigo, Hugo Degiovanni y Marco Antonino Terragni; en el Cuarto Seminario Anual sobre Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concuriales, asumiendo el tema «Medidas cautelares en concursos preventivos», en Mar del Plata, 27 y 28 de junio de 2002. Coordinador del tema «Medidas cautelares en concursos preventivos» y luego integrante del panel de cierre; en el Colegio de Abogados de Rosario, 17 y 18 de octubre de 2002, apoyando las Jornadas Nacionales de Actualización y Debates en Derecho Concursal, desarrollando el «Tratamiento de la preinsolvencia. La empresa en el ámbito concursal»; con la Universidad Nacional del Centro, Facultad de Ciencias Humanas, Azul, carrera de abogacía, Jornada sobre «La emergencia económica y su influencia en las relaciones de derecho privado», el 12 de julio de 2002 en la ciudad de Azul; coorganizando las IX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Comodoro Rivadavia, 5/6 de septiembre; asumiendo la dirección conjunta con Gustavo Vallespinos de las jornadas/conferencias del 15/17 de agosto de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, organizadas por el Centro de Estudiantes de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba bajo el título «El nuevo derecho patrimonial negocial»; compartiendo el Primer Seminario de Actualización, Córdoba, Zeus, con el auspicio de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba; directores el académico Armando S. Andruet (h) y Raúl E. Fernández; con las Jornadas de Derecho Societario y Concursal, 10 años de Maestría en Asesoramiento de Empresa en la Universidad Austral, Buenos Aires, disertando sobre «Los nuevos arts. 43, 48 y 52 de la ley 24.522: una mezcla explosiva», el día 1º de octubre de 2002, asistencia a las jornadas 30 de septiembre/2 de octubre 2002, dirigidas por Osvaldo Gómez Leo y Liliana Negre de Alonso; auspiciando el 1º Congreso Nacional de Derecho, «El derecho y la empresa en el siglo XXI», Rafaela, 9, 10 y 11 de octubre de 2002, organizado por la sede de la Universidad Católica de Santiago del Estero y el Colegio de Abogados de Rafaela en Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, con conferencia sobre «El derecho concursal: ¿para salvataje de empresarios ineficientes o del

sistema empresario?; intervención, como juez árbitro de la Bolsa de Comercio de Rosario, en la jornada del día 17 de junio de 2002 en dicha Bolsa de la Ciudad de Rosario creando el Centro Binacional Franco-Argentino de Arbitraje y Mediación con el Centro de Rhone-Alpes (CARA): coordinación de panel en Tercer Seminario Anual sobre «Análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias», Mar del Plata 28 y 29 de noviembre, organizado por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

### **Tutelas y formación de recursos humanos. Investigación y doctorado**

Este es un aspecto prioritario dentro de la labor de los integrantes del Instituto de la Empresa, que se evidenció en asumir la dirección de tesis del Ab. Humberto Gonzalo Vargas sobre «Cesión de créditos en garantía - Reglas aplicables y efectos» ante nuestra Facultad; en la tutoría en los cursos para adscriptos dentro de nuestra Facultad, de dos investigaciones colectivas de derecho concursal en el curso de Metodología de Investigación para Adscriptos que dirige la Dra. Martha Díaz de Landa; en la intervención en la Tercera Jornada sobre Experiencias en Investigación, Córdoba, 8 de octubre de 2002, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, labores en comisiones en Comisión de Derecho Privado, bajo la coordinación de Norma Juanes, exposición de metodología y resultados en «El derecho concursal dentro de las relaciones de organización» con *abstract* por escrito entregado para publicación; en formalizar un proyecto de investigación sobre «El concurso dentro de las relaciones de organización»; en la dirección del proyecto de investigación de la Dra. Azar de Ferrero sobre Registro Público de Comercio en el Mercosur, Universidad Nacional de Santiago del Estero; en la intervención, en Buenos Aires, 10 de abril de 2002, en la UBA en la Recepción de la prueba oral como miembro del doctorado de la Ab. Lovece, junto con los Dres. Félix Trigo Represas y Luis Andorno, calificando la tesis como sobresaliente; en la integración del Tribunal de Admisión del proyecto de investigación de doctorado presentado por el Ab. Carlos Molina Sandoval sobre «La imperatividad en el voto acumulativo (área temática: elección de los miembros del órgano de administración y fiscalización mediante el sistema de votación acumulativa en la sociedad anónima)», designado por la Secretaría de Posgrado de

nuestra Facultad; en la dirección del Proyecto de Investigación de doctorado «El administrador de hecho en la sociedad anónima. Supuestos, actuación, efectos y responsabilidades» de Laura Filippi, para la Secretaría de Ciencia, Legal y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba; en el apoyo a varios investigadores y doctorandos y en la colaboración con adscriptos del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación en actividades de grado.

A su vez, en la designación como jurado designado por la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales de Rosario para juzgar la tesis de maestría de Mariela Ingaramo sobre «Arbitraje: su aplicación en los conflictos societarios de impugnación de decisión asamblearia», junto con el Prof. Cristiá; en la integración del referato del Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de los tres trabajos «Respuestas jurídicas a la crisis empresaria con relación a sus trabajadores», «El pronto pago en el concurso preventivo y en la quiebra» y «Derecho de las inversiones extranjeras», considerando que presto mi conformidad a la publicación de éstos por corresponder a aportes valiosos al tratamiento de temas específicos, e importan juicios de valor apropiados para enfrentar el análisis de la cuestión; integración de la Comisión Asesora de la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en torno a becas, conforme resolución 1362 del 30 de octubre de 2002 del decano, junto con la Dra. Marcela Aspell; y como evaluadores externos de proyectos de investigación para becas de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

### **Labor de extensión en cursos y conferencias**

La labor de extensión que cumple el Instituto de la Empresa se amplió con el dictado de cursos y conferencias.

Se realizó una actividad de apoyo al Instituto de la Educación que dirige magistralmente el profesor emérito Dr. Fernando Martínez Paz, como se viene haciendo año tras año, coordinando el Seminario de Derecho Comercial en el marco del curso «La enseñanza del derecho» del Prof. Dr. Fernando Martínez Paz.

Con la organización, auspicio o colaboración del Instituto y su Dirección, se afrontaron diversas disertaciones o paneles sobre los temas crí-

ticos de la realidad argentina: «Problemas socioeconómicos de la emergencia», «Crisis económica y responsabilidad», «Asistematicidad de la reforma concursal», «Factura de crédito», «Responsabilidad bancaria», «Bancarización, corralito y emergencia», «Las reformas al derecho societario», «Sociedades extranjeras y responsabilidad de los bancos», Responsabilidad de los administradores, «La crisis financiera y la responsabilidad de las sociedades controlantes», Situación del sistema financiero argentino, «Nuevos contratos - Tendencias en derecho privado», «Rol del derecho frente a la crisis económica y financiera», «Balance sobre la legislación societaria», «Derecho y economía: la crisis financiera argentina», «Responsabilidad de las personas jurídicas», «Derecho bancario. Organización y responsabilidad de bancos», «La desestimación de la persona jurídica como herramienta contra el fraude». «La reforma del derecho concursal», «Crisis económica. Su impacto en las relaciones comerciales y particulares».

Esa intervención se vinculó también a la formación de post grado en la Carrera de Derecho de los Negocios, de la Universidad Nacional de Córdoba, en la apertura del Curso de Post Grado de Maestría en Derecho Privado en la Universidad Nacional de Rosario, el 5 de abril de 2001 de 19 a 21,30 hs., invitado por Miguel Angel Ciuro Caldani su Director, disertando sobre «Globalización y Derecho Privado», integrando el profesorado del Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral de Rosario; con la apertura del curso de Sindicatura Concursal organizado por la Universidad de Villa María el 30 de mayo de 2002, sobre «La emergencia concursal y los bienes jurídicos tutelados por la legislación concursal»; con las sesiones conjuntas del Instituto de la Empresa con la Fespresa sobre «Pesificación de depósitos en dólares e impuesto a las ganancias de las empresas», «Pérdida del capital social», «Responsabilidad de los administradores» y «Reformas al régimen concursal»; con la intervención en el curso profundizado de derecho societario y actualización concursal (56 horas cátedra) 8 horas a cargo de «Diferentes tipos societarios y su utilización en el marco del nuevo modelo económico. Consorcios de exportación. Nuevos horizontes concursales conforme a la reforma y contrareforma», 22 y 23 de noviembre de 2002, Neuquén, Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén y Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Neuquén.

## **Jurado y evaluador institucional**

Integrando el jurado de evaluación académica del Dr. Manlio Torcuato Martínez como profesor asociado de la Cátedra de Derecho Comercial II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán Res. 306-000 del Decanato; evaluador del Consejo Interuniversitario Nacional el 5 de junio de 2002 en Buenos Aires, para evaluar calificaciones de investigadores 1 y 2 de profesores de las Universidades de Rosario, Buenos Aires, Córdoba, La Plata, Tecnológica, Litoral, Nordeste, Patagonia Austral y General Sarmiento; evaluador por nuestra Universidad, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales del Proyecto de Beca de Pregrado de la Srta. Daniela Santa Cruz: «El fideicomiso financiero como instrumento de las empresas radicadas en la ciudad de Córdoba», de la que es directora la Prof. María Cristina Mercado de Sala; evaluación, con intervención de la Secretaría de Investigaciones de nuestra Facultad, como evaluador externo, del proyecto de la Universidad Nacional de Rosario, Secretaría de Ciencia y Tecnología sobre «Emergencia agropecuaria y seguro» de la Facultad de Ciencias Agrarias, dirigido por el Prof. Dr. Fernando Pedro Brebbia; integrando el Tribunal del Concurso de profesor adjunto de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de Salta, 14 y 15 de noviembre de 2002, integrando el Tribunal con los profesores Dres. Emilio Cornejo Costas. Res. Consejo Superior 195/02 del 20 de agosto de 2002; integrando la Comisión Asesora de Evaluación de la Universidad Nacional de Córdoba en torno a las Becas de doctorado/maestría SECY UNC, designado por Resolución 126/01; integrando la Comisión Evaluadora designado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán por resolución de esta última 023-2000, para evaluar la prórroga de designaciones de profesor titular con semidedicación de la Cátedra de Bancarrotas y Privilegios Dr. Miguel Eduardo Marcotullio; integrando la Comisión Evaluadora designado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán por resolución de esta última 025-2000, para evaluar la prórroga de designaciones de profesor asociado de la Cátedra de Derecho Comercial II, contador Bernardo Pedro Carlino; y constituyendo el tribunal para el concurso de profesor adjunto de Derecho Comercial en la Universidad Nacional de Salta, conforme resolución 301/97, juntamente con Juan M. Farina y Augusto Mallo Rivas.

## **Asesoramientos. Transferencia de conocimientos y tecnología**

La colaboración en aspectos tecnológicos y proyectos legislativos se manifestó en la integración por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para formalizar un anteproyecto de ley de concursos y quiebras, y la suscripción del anteproyecto de ley con otros juristas sobre «Quiebra transfronteriza», que se encuentra publicitado en la página electrónica de la Academia; y en la recepción como opinión *obiter dictum* del juez federal N° 2 Alejandro Sánchez Freytes en sentencia del 27 de agosto de 2002 en autos «Funes, Lylian Elsa c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro - Amparo», con remisión a las investigaciones del Instituto.

## **Actividad académica permanente**

Contemporáneamente con esas tareas, se ha desplegado por extensión una tarea permanente, evidenciada en la actuación como representante de la Facultad en la Agencia Córdoba Ciencia y evaluación de calidad de proyectos de investigación y solicitudes de beca; representante de la Universidad en las relaciones con la Universidad Pompeu Fabra; subdirección de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones; integrando la Secretaría Permanente de Congresos Iberoamericanos de Derecho Societario y Concursal, y Encuentros de Institutos de Derecho Comercial; integrando el Consejo de Referato de la Revista de la Facultad y de la publicación del Consejo de Investigaciones Jurídico Sociales de la Facultad; el Consejo Asesor de la Secretaría de Postgrado de la Facultad, ejerciendo la presidencia de la Comisión Académica de la Fundación para el Estudio de la Empresa, integrando la Comisión de Pares de la CONEAU. Evaluador: propuesto por la CONEAU como tal a Costa Rica e incluido en la lista del SINAES de ese país, el Comité de Redacción de la Revista de Derecho de Seguros, la Empresa y la Responsabilidad, el Comité de Referato de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, árbitro suplente en el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Santa Fe, y la participación en el Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Concursal de la Universidad Católica de Rosario.

Para el futuro se formalizaron las bases de la realización del V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa a realizarse en Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, en 2004, y asegurar la realización anual de los Encuentros de Institutos de Derecho Comercial, conforme la planificación fijada en Huerta Grande en 1992 en ocasión del I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por nuestra Academia a través de este Instituto y de la Fundación para Estudios de la Empresa. Conforme a ello se ha asumido organizar entre la Facultad y la Academia el X Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de septiembre de 2003, que también será una Jornada Preparatoria del Congreso Iberoamericano de Derecho de la Empresa a realizarse en Tucumán, al que refiero a párrafo subsiguiente.

*Efraín Hugo Richard*  
*Director*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

### **I. Consideración general**

En manera preliminar cabe considerar que el Instituto ha funcionado con la misma regularidad que lo viene haciendo en los pasados cuatro años, cumpliendo con una rutina de reuniones mensuales los primeros días miércoles de cada mes y, eventualmente, en reuniones extraordinarias cuando la entidad de algún tópico así lo impone.

Durante el presente año, se han celebrado un total de diez reuniones, con lo cual se suman en total a un número de cuarenta y cinco las tenidas por este Instituto desde su creación y todas ellas, debidamente documentadas en el libro de actas respectivo a ciento dieciocho folios. En el curso del presente año, se recibieron un total de seis exposiciones plenarias, a razón de una de ellas por cada uno de los miembros titulares con excepción del director que dictó dos presentaciones.

## 2. Información y participación de los miembros

El director, Dr. Olsen A. Ghirardi, en apretada síntesis ha cumplido entre otras actividades las que son señaladas ahora: ha dictado distintas conferencias conmemorativas a la obra de Alberdi en el Colegio de Abogados de la Ciudad de San Francisco en Córdoba, como así también en la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA. Como que también, participó en una reunión de presidentes de Academias Nacionales organizada por la Conferencia Episcopal Argentina, donde se convocó sobre el tema «El humanismo frente al desarrollo científico». También ha dictado una conferencia en la Universidad de Morón en el marco de las actividades conmemorativas de la obra de Alberdi. En igual manera ha participado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata de las Jornadas de Actualidad Iusfilosófica Argentina que en homenaje al Dr. Juan C. Smith, como también que en ocasión de dicho encuentro, fue propuesto como presidente de la Escuela de Filosofía Práctica. El Dr. Ghirardi relata también que ha participado, junto con el Dr. Andruet de las jornadas cumplidas en la ciudad de Río Cuarto sobre el tema de «Razonamiento forense»; ha participado igualmente en un seminario sobre «Interpretación jurídica» que fuera organizado por la Universidad Católica Argentina de Rosario, como en la Universidad de Congreso, recientemente creada en Mendoza se refirió al Salón Literario y las *Bases*. Finalmente, en la ciudad de Santa Fe, en la Universidad Nacional del Litoral, haciendo la apertura de un Congreso de Derecho Agrario, se refirió a «La tierra, el trabajo y el Hombre»; como así también en el mismo lugar, dictó un seminario sobre la obra jurídica de Alberdi. Cabe consignar que en la Universidad Nacional de La Rioja, dictó también una conferencia sobre «El Salón Literario y las Bases», tema que fuera reiterado en sendas conferencias en la Universidad Nacional de Tucumán y Universidad Católica de Córdoba.

El Dr. Armando S. Andruet (h) ha informado que ha participado en las siguientes actividades, así: Jornadas cumplidas en la ciudad de Río Cuarto donde dictara un Seminario sobre «Razonamiento forense», junto al Dr. Ghirardi. También que ha dictado un seminario sobre «Argumentación forense y sus vicios», en la ciudad de Bell Ville, organizado por el Colegio de Abogados de la Provincia en dicha circunscripción y la Asociación de Magistrados. Además, ha dictado un Curso de Capacitación para Funcionarios y Magistrados en el Centro de Capacita-

ción del Poder Judicial, también ha dictado un Seminario de Capacitación para Magistrados de la Provincia de San Juan; ha desarrollado un seminario sobre «Argumentación jurídica» en el post grado sobre Especialización para la Magistratura en la ciudad de Rosario. También ha dictado dos conferencias plenarias en el Rotary Club sobre temas de la «Ética de la magistratura», como así también sobre «Ética de la abogacía» en la ciudad de Rafaela. De igual manera ha cumplido con actividades de conferencias en el Centro de Bioética al que pertenece como miembro de la Universidad Católica de Córdoba. Además de ello, ha sido designado como integrante y coordinador de la comisión que el T.S.J. ha conformado a los fines de elaborar un Código de Ética para los Magistrados de la Provincia.

El Ab. Raúl Fernández pone en conocimiento a los miembros, que junto al Dr. Andruet, ha sido invitado a dirigir académicamente una nueva publicación de jurisprudencia y doctrina que habrá de circular en la provincia de Córdoba, como es la Revista Zeus Córdoba. Señala que ha participado en dos oportunidades en la carrera de posgrado en Derecho de la Empresa en la Universidad Siglo XXI, habiendo sido el tema de exposición el correspondiente al control de logicidad sin más. En igual manera, y de oportunidades, informa que junto a su Sra., Ab. Pilar Hiruela, ha dictado un Seminario en la ciudad de Rosario en el marco de la carrera de Especialización para la Magistratura, sobre el tema de la aplicación práctica de la lógica jurídica y vicios de la argumentación.

El Ab. Luis R. Rueda señala que, entre otras actividades, ha brindando una conferencia sobre el tema «La filosofía del razonamiento jurídico penal», organizada por el Instituto Argentino de Cultura Hispánica y la Universidad Nacional de Córdoba.

### **3. Actividades generativas propias del Instituto**

Acorde a lo que fuera materia de introducción a partir del corriente año, el funcionamiento de las sesiones ordinarias del Instituto tiene dos momentos. Uno inicial de intercambio general de información de cada uno de los participantes y otro sustancial y académico en donde cada uno de los miembros titulares acorde a una agenda preasignada, realizan una exposición de un tema a su elección, de no más de veinte minutos, la que luego es sometida a consideración, intercambio de ideas, aportes y críti-

cas por el resto de participantes. Como resultado de esa labor de aporte recíproca entre expositor y auditorio, el trabajo escrito que luego deviene como resultado, aparece claramente mejorado.

Las exposiciones en el presente ciclo han sido las siguientes:

a. El Dr. Olsen Ghirardi procedió a efectuar una exposición que en términos generales ha estado centrada en considerar las observaciones y consideraciones que fueran presentadas por el filósofo mendocino Dr. Nolberto Espinosa al mismo pensamiento iusfilosófico del director. La presentación ha llevado por título: «*Acerca de una recensión de Nolberto Espinosa*».

b. El Dr. Armando Andruet efectuó su exposición que fuera titulada: «*Aportes para una teoría fenomenológica de la decisión jurisprudencial*» y que en términos generales intenta efectuar una primera aproximación al delicado tema de la lógica de las preferencias de los jueces, relatando a dicho respecto, que ha utilizado bibliografía que generalmente es despreciada para dichos análisis.

c. El Dr. Raúl Fernández realizó su exposición y que fuera titulada: «*Las reglas morales en el proceso*» y que se divide en tres secciones: La regla moral y el tribunal, La regla moral y las partes y finalmente, La regla moral y los terceros. Cada una de las partes de dichas secciones, ponderan específicos comportamientos deónticos para los implicados en ellas, todo lo cual es mostrado primariamente a partir del comportamiento jurisprudencial local.

d. La Abog. Patricia Messio expuso sobre y que fuera titulada como «*La praxis de la prudencia jurídica - Garantía ineludible de un derecho ecuánime*» y que se divide en cuatro secciones, con independencia de la introducción y conclusión y que son las siguientes: Precisión terminológica, Prudencia en sentido amplísimo, amplio y restringido; y finalmente la Prudencia como paradigma para vivir y enseñar. Cada una de las partes de dichas secciones, van analizando con total detalle a partir de binomios confrontatorios criterios que permitan no sólo la univocidad del concepto en análisis, sino que, a partir del mismo su reubicación en la actividad procesal resolutoria de los jueces.

e. El Dr. Luis R. Rueda procedió a efectuar su exposición y que fuera titulada: «*Discurso jurídico y realidad social*» en donde, en términos generales destaca la importancia del lenguaje a ser empleado dentro del ámbito de las ciencias jurídicas en sentido lato, previo análisis epistemológico de éste, para no quedar prisionero de una mera conside-

ración de carácter instrumental del nombrado. La exposición trasluce un esfuerzo de mostrar, puentes no convencionales entre los ámbitos científicos y prácticos a partir de un uso ponderado del mismo lenguaje.

f. Luego de dichas apreciaciones generales, el Dr. Olsen A. Ghirardi procede a efectuar la exposición que fuera titulada «*Americanización del derecho*» y que si bien, puede parecer un tema novedoso en realidad, ha sido abordado ya el tópico en algunos artículos que obran en los Archives de Philosophie du Droit N° 45 del año 2001; y que a partir de la mencionada lectura, el expositor señala que también se puede hablar de ‘Americanización del razonamiento jurídico’ y que en última instancia trasluce una mirada globalizante e imperialista de una cultura global del imperio americano de EE.UU. Bajo dicho marco conceptual se realizan las consideraciones que alertan sobre modos invasivos culturales y en cuyos espacios de aplicación, no queda excluido lo jurídico, ni tampoco la manera con la cual, los jueces elaboran su razonamiento jurisprudencial.

#### **4. Libros y realizaciones del Instituto**

Como resultado efectivo de las conferencias y discusiones ulteriores que fueran cumplidas a lo largo del año, se ha completado la compilación del volumen V del Instituto, y que lleva por título *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, correspondiendo dicha enunciación acorde al abordaje en términos generales que en cada una de las materias se efectúa.

*Dr. Olsen A. Ghirardi*  
*Director*

MEMORIA DEL INSTITUTO DE FINANZAS PÚBLICAS Y  
DERECHO TRIBUTARIO

Córdoba, 4 de noviembre de 2002

Sr. Presidente  
de la Academia Nacional de Derecho y  
Ciencias Sociales de Córdoba  
Dr. Olsen Ghirardi  
S / D

De mi mayor consideración:

Dados los problemas de salud que informé oportunamente a esa Corporación me fue imposible durante el presente año dar inicio a las reuniones del Instituto. No obstante, se ha trabajado con un grupo de colaboradores en la selección de personas que serán invitadas a asistir como miembros regulares del Instituto, temas a tratar el próximo año y sus posibles expositores y frecuencia de las reuniones plenarias.

También es necesario coordinar la futura actuación del Instituto con la Secretaría de la Academia a los fines de establecer si hay horarios disponibles en la sala de la Academia para el desarrollo de nuestras reuniones.

Todo lo que se vaya concretando irá siendo informado al Sr. Presidente de la Academia.

Saludo a Ud. atentamente.

*Dr. Héctor B. Villegas*  
*Director*

\*

MEMORIA DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO  
Y DE LAS IDEAS POLÍTICAS ROBERTO I. PEÑA

**XIII Simposio de Historia del Derecho Argentino. «Continuidad y  
madurez del derecho histórico argentino»**

Se llevó a cabo entre los meses de abril a diciembre de 2002 a través de reuniones quincenales realizadas en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Organizado por el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Disertaron, entregando sus respectivos trabajos de investigación, los profesores:

Luis Maximiliano Zarazaga: *La evolución histórica de la emergencia política y económica.*

Mario Carlos Vivas: *Estudio de las sentencias indianas.*

Luisa Adela Ossola: *La regulación de la educación en la Argentina.*

Haydee Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *La administración de justicia en el gobierno de Juan B. Bustos.*

Marcela Aspell: *La oveja negra. La voz común en los procesos penales del siglo XVIII.*

Marcelo Milone: *Vida y obra del profesor Dardo Rietti.*

Emilio Baquero Lazcano: *La regulación de la educación en la provincia de Córdoba. Siglo XIX.*

Héctor Javier Giletta: *La reforma constitucional de 1949 en la Provincia de Córdoba.*

Nelson Dellaferrera: *Arancel del Tribunal Eclesiástico mandado a guardar en la Diócesis de Córdoba del Tucumán por el Ilustrísimo Señor Obispo Juan Manuel Moscoso y Peralta (1776).*

Carlos Octavio Baquero Lazcano: *Estudio sobre Agustín Díaz Bialek.*

Esteban Llamosas: *La bibliotecas indianas en Córdoba del Tucumán.*

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *La construcción de la cultura jurídica en la Universidad Nacional de Córdoba a partir de la enseñanza del derecho Público 1834 - 1999.*

Alejandro Agüero: *El proceso penal castellano indiano en la periferia del imperio español. El caso de Córdoba del Tucumán.*

También lo hizo el presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Luis Moisset de Espanés quien presentó su trabajo de investigación: *La legislación sobre hechos y actos jurídicos. Estudio de los manuscritos del Código Civil en relación al artículo 922.*

## **XIX Jornadas de Historia del Derecho Argentino**

Organizadas por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y la Pontificia Universidad Católica de Rosario con el auspicio del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Celebradas en la ciudad de Rosario durante los días 4, 5 y 6 de septiembre del 2002.

Participaron en ella con presentación de trabajo los miembros de nuestro Instituto que se mencionan a continuación:

Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *La enseñanza del Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Doctora Marcela Aspell: *Las razones del silencio. La influencia de la condena social de la 'pública fama' en los procesos penales de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII.*

Doctor Luis Maximiliano Zarazaga: *El Código de Procedimientos Penales de Córdoba de 1939.*

Abogada Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *La administración de justicia en el gobierno de Juan B. Bustos.*

Abogado Esteban Federico Llamosas: *El humanismo jurídico en la Córdoba del siglo XVIII. Bibliotecas y Universidad.*

## **XVIII Seminario sobre Historia del Derecho Argentino. «Experiencia y Ciencia Jurídica»**

Organizado por la Cátedra «B» de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con el auspicio del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Departamento de Estudios Básicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba bajo la dirección del Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira y la coordinación académica de la profesora Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle se llevó a cabo durante los días 22, 24, 29 y 31 de octubre y 1 de noviembre del 2002.

Participaron los miembros de nuestro Instituto doctores Marcela Aspell, Ramón Pedro Yanzi Ferreira, y los abogados Luis Maximiliano Zarazaga, Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle, Carlos Octavio Baquero Lazcano, Javier Héctor Giletta, Marcelo Milone y Emilio Baquero Lazcano

### **Programa de Perfeccionamiento de Investigadores en la Enseñanza del Derecho. Área de Historia del Derecho**

El Seminario es organizado anualmente por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba bajo la dirección del profesor emérito, académico de número doctor don Fernando Martínez Paz con el auspicio del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Participaron miembros de la Cátedra «B» de Historia del Derecho Argentino y de nuestro Instituto, quienes integraron los tres paneles celebrados durante los días bajo la dirección y coordinación general de los doctores Aspell y Yanzi Ferreira y con la presentación de los siguientes trabajos.

Doctora Marcela Aspell: *Panorama de las investigaciones realizadas en el campo de la Historia del Derecho Penal Castellano Indiano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba.*

Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *Panorama de los estudios de derecho público en la Universidad de Córdoba.*

Abogada Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *La administración de justicia en el campaña de Córdoba en el periodo patrio 1810-1856.*

Abogado Luis Maximiliano Zarazaga: *La evolución histórica de la emergencia en la Corte Americana y su influencia en los fallos de la Corte Argentina.*

Abogado Javier Giletta: *El desarrollo de los modelos constitucionales en la provincia de Córdoba.*

Abogado Esteban Federico Llamosas. *La cultura jurídica en Córdoba del Tucumán.*

Abogado Alejandro Agüero: *El derecho penal en la periferia del imperio español.*

### **Alberdi y los ciento cincuenta años de *Las Bases***

Seminario organizado por las Cátedras de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Se llevó a cabo durante los días 4, 11 y 18 de octubre del 2002.

Participaron en dicho Seminario el director del Instituto Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira y los doctores, miembros de nuestro Instituto, Marcela Aspell y Luis Maximiliano Zarazaga.

### **Tercera Jornadas sobre Experiencias en Investigación**

Organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. se llevó a cabo el 8 de octubre del 2002.

Participaron en ésta, presentando sus trabajos de investigación los profesores, miembro de nuestro Instituto que se mencionan a continuación:

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *Los estudios de Derecho Constitucional Público Provincial y Municipal y Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Marcela Aspell: *El derecho penal en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán.*

Haydee Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *La administración de justicia en el gobierno de Juan Bautista Bustos. Labor institucional.*

Esteban Federico Llamosas: *Las bibliotecas en Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII.*

### **IV Jornadas de Historia del Córdoba y IV Jornadas Municipales de Historia del Córdoba**

Organizadas por la Junta Provincial e Historia de Córdoba se llevaron a cabo durante los días 3 a 5 de julio del 2002.

Participaron con trabajos de investigación los miembros de nuestro Instituto que se mencionan a continuación:

Marcela Aspell: *La Inquisición en acción. Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII.*

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *150 años de enseñanza del Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Mario Carlos Vivas: *El Cabildo de Córdoba y el frustrado Congreso Nacional (1820-1821).*

### **Curso de Postgrado: «El legado jesuítico. Sustento de identidad y continuidad cultural de la Universidad Nacional de Córdoba»**

Organizado por el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba se llevó a cabo durante los meses de abril a diciembre del 2002.

Participaron en el dictado de dicho Seminario de Postgrado los doctores Marcela Aspell y Esteban Federico Llamosas.

### **Congreso Internacional. El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica**

Organizado por la Fundación Rafael del Pino y la Universidad de Castilla La Mancha España. Celebrado en Toledo y Madrid entre los días 4 y 8 de noviembre del 2002.

Invitados por la Fundación Rafael del Pino participaron los doctores Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

### **Becarios**

Han continuado desarrollando sus respectivos trabajos de tesis doctoral los siguientes tesistas:

Abogado Héctor Javier Giletta: *La evolución del pensamiento constitucional cordobés a través del estudio de las reformas a la Constitución de la Provincia de Córdoba. 1855-1987.*

Abogado Alejandro Agüero: *La tortura en el derecho castellano indiano. Sociedad, derecho e ideología.*

Abogado Esteban Llamosas: *La cultura jurídica en Córdoba del Tucumán. Estudio de las bibliotecas del siglo XVIII.*

Abogado Marcelo Milone: *Proyección de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba en las Cámaras del Congreso Nacional.*

Los tres primeros se encuentran bajo la dirección de la doctora Marcela Aspell, en tanto el abogado Milone es dirigido por el doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

### **Becarios en el extranjero**

Los becarios Agüero y Llamosas que fueron distinguidos con el otorgamiento de Becas Fomec, *Fondo para la Mejora de la Calidad Educativa*, han continuado cumpliendo con sus respectivos programas de Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad Complutense de Madrid bajo la dirección de los profesores Carlos Garriga Acosta y José Antonio Escudero respectivamente.

Sus temas de beca son los siguientes:

Abogado Alejandro Agüero: *El derecho procesal penal castellano-indiano en el centro y la periferia del Estado español.*

Abogado Esteban Llamosas: *La cultura jurídica en la enseñanza del derecho en las universidades españolas e indianas en el siglo XVIII.*

### **Incorporación de miembros de nuestro Instituto**

En el transcurso del año 2002, el director del Instituto fue incorporado como miembro correspondiente de la provincia de Córdoba a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas a la Sociedad Chilena de Historia y Geografía como miembro correspondiente de la República

Argentina y al Consejo Asesor del Instituto Argentino Chileno de Cultura, Filial Córdoba.

Por otra parte, los doctores Aspell y Yanzi Ferreira fueron incorporados como miembros del Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Córdoba.

A su vez, la doctora Aspell fue designada vicepresidenta segunda de la Junta Provincial de Historia de Córdoba.

### **Ampliación del acervo bibliográfico del Instituto**

Ha continuado durante el año 2002 el constante proceso de ampliación del acervo bibliográfico de nuestro Instituto con la incorporación de importantes donaciones que se sumaron a parte de la biblioteca que perteneciera a nuestro fundador y primer director, el profesor emérito Roberto Ignacio Peña, donada generosamente a nuestro Instituto, por su viuda, la señora Martha Fábregas de Peña en el transcurso del año 2000.

Asimismo se ha incrementado el número de obras que habitualmente llegan por donación de sus autores y por canje con nuestros *Cuadernos de Historia*.

*Dra. Marcela Aspell*  
*Secretaria*

*Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira*  
*Director*

\*

### **MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

Atento a que el *Instituto* inició sus actividades en el curso de 2002, en los primeros meses se seleccionaron y propusieron a la Academia los miembros titulares y asociados.

La primera reunión se llevó a cabo el 2 de julio, dedicándose ésta a programar las actividades para el período 2002-2003, decidiéndose tra-

bajar sobre un tema de común interés tanto para los especialistas del derecho internacional público como del privado: «Inmunidad de jurisdicción de los Estados».

El 6 de julio se consensuaron las fechas de encuentro, los tópicos a abordar en las distintas sesiones y la modalidad de trabajo, acordándose celebrar los encuentros en días martes entre las 17.30 y 19.00 hs. en la sede de la Academia. Se prefirió la modalidad de trabajo basada en exposiciones-debate. Sobre la base de un temario sugerido, los miembros eligieron los temas de su interés y la oportunidad de sus intervenciones.

El Prof. Nelson Daniel Marcionni desarrolló entre los días 3 y 17 de septiembre aspectos vinculados al concepto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, sus alcances y los desarrollos de las labores en la Comisión de Derecho Internacional, la Sexta Comisión y los Grupos «Ad Hoc» de las Naciones Unidas sobre el tema, los que culminaron en el proyecto del 13 de febrero de 2002.

El 1 de octubre, las profesoras Graciela Rosa Salas y Susana Sartori abordaron casos paradigmáticos de la jurisprudencia internacional, europea y americana en materia de inmunidad. Ello sin dejar de destacar las fuentes normativas en la materia, tal el caso de la Foreign Sovereign Immunities Act, de los EE.UU. de 1976 y la State Immunity Act, del Reino Unido de 1978.

El 15 de octubre, la miembro Esther Mathieu, se ocupó de las fuentes normativas internacionales convencionales y consuetudinarias, analizando en particular las disposiciones del Código Bustamante (1928), el Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades en las Comunidades Europeas (1965) y la Convención Europea (1972).

El 22 de octubre, los profesores Luis Savid Bas y Arturo Pagliari expusieron sobre los fundamentos de la institución y la doctrinas construidas en torno de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. Asimismo, informaron sobre el tratamiento que tuvo el tema en el Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional desarrollado en El Salvador en el mes de octubre. En la misma fecha, el profesor Carlos Echegaray hizo conocer a los miembros del Instituto detalles del Seminario sobre Inmunidad de Jurisdicción organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Asociación Argentina de Derecho Internacional durante el mes de septiembre.

Los miembros María Alejandra Sticca y Fanny Peralta analizaron el 29 de octubre, respectivamente, la inmunidad de ejecución en el caso de

inversiones extranjeras y los debates y conclusiones en las Naciones Unidas sobre la cuestión.

El 7 de noviembre las profesoras Nidia Mondino de Reinaldi, Amalia Uriondo y Adriana Dreyzin, abordaron la cuestión vinculada a las vías procesales en caso de reclamación de inmunidad de jurisdicción.

Miembros del Instituto han participado en congresos nacionales e internacionales sobre inmunidad de jurisdicción, atento a que el tema coincidía con el seleccionado para las labores de 2002. Entre esos eventos se cuentan el Congreso Ordinario del Instituto Hispano-Luso-Filipino-Americano de Derecho Internacional, cuya sección de derecho internacional público (El Salvador, octubre) se centró en la inmunidad de jurisdicción de los Estados y el seminario organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Asociación Argentina de Derecho Internacional sobre el mismo tema (septiembre).

Los miembros del Instituto han acordado continuar las labores en el 2003, profundizando el mismo tema con miras a una visión integral que permita cubrir todos los espectros de la cuestión.

*Ernesto J. Rey Caro*  
*Director*

*Zlata Drnas de Clément*  
*Coordinadora*

## **MEMORIA DE LA BIBLIOTECA**



## MEMORIA DE LA BIBLIOTECA «ALFREDO POVIÑA»

La biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba reúne un total de 3.400 libros y 1.200 separatas ubicadas en distintas secciones: Biblioteca de Académicos; Biblioteca Pedro León, Biblioteca de los Institutos, de Educación, Federalismo y de Historia del Derecho. Las obras que integran su fondo bibliográfico, obtenidas a través de canje o donación están clasificadas y catalogadas en la Base de Datos WINISIS de la Biblioteca.

La hemeroteca consta de un total de 260 publicaciones periódicas, de las cuales -durante el presente año- se han recibido desde Europa 15 títulos; de Asia 1; de América 254 y han llegado desde distintas ciudades argentinas 25 títulos. La hemeroteca está repartida en distintos muebles en los espacios disponibles de la casa.

Los académicos pueden conocer las nuevas publicaciones ya que periódicamente se presenta un registro de éstas.

Se ha concluido el trabajo de clasificación y ordenamiento del archivo del Instituto de Federalismo. Me propongo -el año próximo- concluir el trabajo con libros y revistas del Instituto de Historia del Derecho.

Desde mayo, por indicación del presidente Dr. Olsen Ghirardi, -anoto el número de personas -alumnos e investigadores- que consultan la Biblioteca y los temas de estas consultas. Durante este año se han registrado 250 consultas, la mayor parte corresponde a libros y documentos del Instituto de Federalismo, pero también investigaron sobre Alberdi, Vélez Sársfield, algún tema de derecho comparado y derecho internacional público.

*Lic. Matilde Tagle*  
*Bibliotecaria*



**MEMORIA DE LA ACADEMIA  
Y BALANCE**



## MEMORIA DE LA ACADEMIA - Año 2001

Honorable Academia:

De conformidad a lo dispuesto por los Estatutos de la Corporación, la Presidencia debe presentar anualmente una Memoria de las actividades cumplidas en el período que concluye. En consecuencia, y con la síntesis propia del caso, elevo a consideración de la Asamblea la Memoria del ejercicio.

### **I. Iniciación del año académico. Memoria y balance**

Las actividades se iniciaron con la Asamblea anual realizada el 13 de marzo, oportunidad en la que se leyeron, trataron y aprobaron la Memoria y Balance de Rendición de Cuentas del ejercicio 2000. Dichos instrumentos, conformados por la Academia, fueron remitidos a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y al Ministerio de Educación.

### **II. Asamblea: elección de integrantes de la Mesa Directiva**

El 24 de abril, en Asamblea, se eligieron los integrantes de la Mesa Directiva 2001-2004. Resultaron electos los siguientes académicos:

Presidente: Dr. Olsen A. Ghirardi.

Vicepresidente: Dr. Ricardo Haro.

Secretario: Dr. Ernesto Rey Caro.

Tesorero: Dr. Efraín Hugo Richard.

### III. Exposiciones de académicos de número

En el curso del año académico 2001, como parte de la actividad de estudio de la Academia, durante sus sesiones ordinarias, sus miembros de número realizaron las siguientes exposiciones:

1) Reunión del 27 de marzo: «El derecho de habitación del cónyuge superviviente», por Luis Moisset de Espanés.

2) Reunión del 19 de junio: «Formación del dirigente político», por Pedro J. Frías.

3) Reunión del 3 de julio: «Acción declarativa de inconstitucionalidad», por Ricardo Haro.

4) Reunión del 24 de julio: «Reflexiones sobre la eutanasia», por Justo Laje Anaya.

5) Reunión del 21 de agosto: «Daños generados por la actividad comercial, específicamente por insolvencia», por Efraín Hugo Richard.

6) Reunión del 4 de septiembre: «Reflexiones críticas a la ley holandesa de ‘Terminación de la vida a petición propia’ - Nuestra consideración acerca de la eutanasia», por Armando S. Andruet (h).

7) Reunión del 2 de octubre: «La jurisprudencia penal cordobesa en el periodo tardo colonial-colonial 1776-1810», por Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

8) Reunión del 6 de noviembre: «Panorama actual de las finanzas públicas argentinas», por Héctor Belisario Villegas.

9) Reunión del 20 de noviembre: «Legitimación de la acción educativa» por Fernando Martínez Paz.

Las exposiciones culminaron siempre con la participación y comentario del tema desarrollado por parte de los miembros presentes.

### IV. Designación de nuevos académicos

#### a). Académicos correspondientes

En la sesión ordinaria del 4 de septiembre se designaron académicos correspondientes en España los Dres. Francisco Fernández Segado y Jaime Lluís y Navas.

## V. Incorporación de académicos de número

Se incorporaron en el año académico 2001:

1) En sesión especial y pública del 15 de mayo, se incorporó la Dra. Zlata Drnas de Clément, la presentación estuvo a cargo del Dr. Pedro J. Frías. La Dra. Zlata Drnas de Clément pronunció una conferencia sobre «La organización de la comunidad internacional a inicios del tercer milenio».

2) En sesión especial y pública del 29 de mayo se incorporó el Dr. Pbro. Nelson C. Dellaferrera, quien fue presentado por el Dr. Humberto Vázquez y disertó sobre «La acción espiritual y civilizadora de la Justicia eclesiástica en el Antiguo Tucumán».

3) En sesión especial y pública del día 26 de junio se incorporó el Dr. Armando S. Andruet, cuya salutación estuvo a cargo del Dr. Olsen A. Ghirardi. La disertación del nuevo académico versó sobre el tema: «La sentencia judicial, perspectiva no procesal».

## VI. Incorporación de académicos correspondientes

a) En el extranjero

1) En sesión especial del 10 de abril realizó su acto de recepción como académico correspondiente en Perú, don Fernando Vidal Ramírez. Presentado por el Dr. Luis Moisset de Espanés, el Dr. Fernando Vidal Ramírez disertó sobre «Del ius romano y los derechos humanos de la Convención Americana».

2) En sesión especial del 18 de septiembre se incorporó el académico correspondiente en Puerto Rico, Dr. Pedro Silva Ruiz, siendo saludado por el académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato. El académico correspondiente pronunció su conferencia sobre el tema «Compraventa internacional de mercaderías».

3) El 26 de septiembre en sesión especial y pública realizó su acto de recepción, el gran administrativista español Dr. Eduardo García de Enterría, quien fuera presentado por el académico de número Dr. Antonio María Hernández. El Dr. García de Enterría disertó sobre «La democracia y el lugar de la ley».

### b) Académicos correspondientes argentinos

1) En sesión especial y pública del 3 de abril, con motivo de la incorporación del Dr. Hernán Racciatti, académico correspondiente en Rosario, se realizó el acto de recepción. La presentación estuvo a cargo del Dr. Luis Moisset de Espanés. El Dr. Racciatti pronunció una conferencia sobre «Aspectos del régimen de propiedad horizontal vigente y su perfectibilidad».

2) En sesión especial del 8 de mayo, se incorporó el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, quien fuera presentado por el Dr. Efraín Hugo Richard. El nuevo académico disertó sobre el tema «Nuevas perspectivas en la teoría de los contratos».

3) En sesión especial del 22 de mayo, tuvo lugar la incorporación del jurista rosarino Dn. Juan José Casiello, el que fue saludado por el académico Dr. Pedro J. Frías. El Dr. Casiello pronunció una conferencia sobre «El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible».

4) En sesión especial y pública del 5 de junio, se incorporó el comercialista rosarino Dr. Miguel C. Araya. La presentación estuvo a cargo del Dr. Efraín Hugo Richard. El nuevo académico pronunció su conferencia sobre «Las transformaciones en el derecho societario».

## VII. Homenajes

### *Centenario de académicos*

Con fecha 30 de octubre la Academia rindió homenaje a la memoria del extinto miembro de número Dr. Jorge A. Núñez con motivo del centenario de su natalicio. Adhirió al homenaje la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en cuyo nombre habló la profesora consulta Dra. Margarita Santillán Núñez.

Por la Academia hizo uso de la palabra el académico Dr. Humberto Vázquez.

## VIII. Decimocuarta reunión conjunta de las academias nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires

Esta reunión tuvo lugar en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el jueves 25 y viernes 26 de

octubre. Los temas seleccionados fueron: «Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires» y «El derecho de daños en el derecho público y privado».

Brevemente recuerdo los temas abordados por los distintos relatores, a saber:

**Tema:** *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires.*

- Exposición de Antonio María Hernández por Córdoba sobre «La ciudad de Buenos Aires en la Constitución Nacional». El Dr. Antonio María Hernández no asistió porque participó en un congreso sobre municipios organizado en México por la Universidad de Guadalajara. El Dr. Pedro J. Frías leyó una síntesis de su trabajo.

- Exposición de Germán J. Bidart Campos sobre: «Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires».

- Exposición de Lino Palacio sobre «La Justicia de la Ciudad de Buenos Aires».

- Exposición de Jorge R. Vanossi sobre «Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires».

- Exposición de Augusto Morello sobre «Acerca de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires».

**Tema:** *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado.*

- Exposición de Julio I. Altamira Gigena por Córdoba sobre «La responsabilidad estatal por daños».

- Exposición de Aída Kemelmajer de Carlucci sobre «Los daños causados en rutas concesionadas».

- Exposición de Ramón Daniel Pizarro por Córdoba sobre «La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectivas».

- Exposición de Antonio Vázquez Vialard sobre «La responsabilidad en la ley de riesgos de trabajo».

- Exposición de Horacio Roitman por Córdoba sobre «Responsabilidad en la quiebra».

La apertura de la reunión estuvo a cargo del presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; en el acto de clausura el Dr. Olsen A. Ghirardi pronunció un discurso haciendo referencia a las jornadas de estudio y debate vividas.

No puedo dejar de destacar el elevado nivel de las exposiciones y de felicitar a nuestros académicos expositores.

## **IX. Premios, concursos, distinciones**

### *a) Premio «Dalmacio Vélez Sársfield. Tesis sobresalientes 2001»*

En sesión de 11 de septiembre se hizo entrega del Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes 2001» a los Dres. Miguel Ángel Acosta por su trabajo «Aspectos jurídicos y económicos del warrant» y Héctor A. Zucchi por su obra «El derecho como objeto tridimensional».

### *b) Premio «Joven jurista - 2001»*

En sesión del 16 de octubre se procedió a la entrega de este premio, el que fuera adjudicado en paridad de mérito a los Dres. Martín Abdala y Fernando Alfonso María Toller. Se entregó mención especial a los abogados Carlos Enrique Camps, Luis Ramiro Carranza y Carlos Alberto Molina Sandoval. La entrega del premio fue hecha en sesión especial y pública, oportunidad en la que abrió el acto esta Presidencia y en la que disertó el académico Dr. Juan Carlos Palmero para destacar la trascendencia del premio de que se trata, agradeciendo luego los beneficiarios la distinción que habían recibido. Se debe señalar el gran éxito que tuvo la convocatoria de este premio; participaron treinta y ocho abogados de todo el país, que remitieron numerosos trabajos de gran calidad.

### *c) Premios del Instituto de Federalismo*

Sin perjuicio de la mención que de estas actividades realiza el Instituto en su Informe anual, mencionamos aquí las dos distinciones otorgadas dentro del marco de las tareas que con tanta dedicación orienta su director, el Dr. Pedro J. Frías.

### *d) Premio «Provincias Unidas»*

Este reconocimiento, que se otorga a propuesta del director del Instituto del Federalismo, fue adjudicado al Dr. Armando R. Bazán y el equipo de colaboradores del libro *La cultura del Noroeste argentino*; por su proyección sobre una región entrañable pero algo deprimida,

porque es un aporte al equilibrio del país, en cuanto revela la riqueza de una cultura regional.

*e) Premio «Eco Córdoba»*

Esta distinción, en su edición 2001, fue acordada al ingeniero agrimensur Rafael E. Consigli por su libro editado en 2000, *Agricultura y medio ambiente, 1.000 citas para una producción sustentable*.

## **X. Otras actividades**

Son dignas de destacarse:

1) El secretario de Culto, Dn. Norberto Padilla envió a nuestra Academia en consulta el «Anteproyecto de ley de libertad religiosa». Se remitió dictamen de los Dres. Horacio Roitman, Pbro. Nelson C. Dellaferrera y Pedro J. Frías.

2) El presidente de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de la Nación, Dn. Manuel Luis Martínez, se dirigió a la Academia, a fin de remitirle copia de la iniciativa presentada por el diputado Baglini y otros diputados y el Proyecto que enviara el Poder Ejecutivo, ambos sobre modificaciones a la ley 17.418 de Contrato de Seguro. La Academia remitió un dictamen elaborado por el académico de número Dr. Efraín Hugo Richard.

3) Los Dres. Ricardo Haro y Luis Moisset de Espanés invitados por el Tribunal Superior de San Luis, por intermedio del Dr. Eduardo Fanzolato, realizaron exposiciones en los actos de conmemoración de la fundación de San Luis organizados por la Escuela de Capacitación de Magistrados.

4) El que suscribe viajó a Tucumán acompañado por el Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato, invitado por el Colegio de Abogados de Tucumán en el marco del Convenio celebrado. El Dr. Eduardo I. Fanzolato disertó sobre el «Derecho de Daños por divorcio», y el señor presidente sobre «La filosofía en Alberdi».

5) El que suscribe, junto con el Dr. Armando S. Andruet como miembros del Instituto de Filosofía, realizaron una visita a la ciudad de Rosario. En la primera oportunidad disertó el Dr. Armando S. Andruet; en la segunda oportunidad se presentó el libro *La retórica y la dialéc-*

*tica en el razonamiento forense* y el Dr. Chaumet y el presidente pronunciaron una conferencia.

6) El martes 23 de octubre, la Academia Peruana de Derecho en acto presidido por el Dr. Max Arias Schreiber Pezet incorporó como miembro correspondiente al Dr. Víctor H. Martínez, actual embajador de la República Argentina en Perú, y miembro de número de nuestra Academia. Viajaron a la ciudad de Lima para asistir al acto, los miembros Dres. Juan Carlos Palmero, Juan Manuel Aparicio y Luis Moisset de Espanés. Los académicos pronunciaron conferencias sobre distintos temas de actualidad en la Superintendencia Nacional de Registros, Universidad de la Mujer, Universidad Católica, Universidad de San Marcos y Ministerio de Justicia.

7) El Dr. Efraín Hugo Richard asistió al Primer Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil que se llevó a cabo en Valencia, que fue auspiciado por el Instituto de la Empresa, y pronunció una conferencia en el acto de apertura. Se realizó en Rosario auspiciado por la Academia el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

8) El suscripto fue invitado a pronunciar una conferencia por el Colegio de Magistrados de San Juan. Fue recibido por el presidente de la Corte de Justicia y decana de la Universidad Católica de Cuyo, camaristas, jueces y público en general.

9) Alumnos de la cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal, acompañados por su profesor Federico Robledo, realizaron una visita a la Academia y fueron recibidos por el Dr. Pedro Frías y el suscripto.

10) Alumnos de la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Nacional de La Rioja fueron recibidos en nuestra institución por el suscripto que explicó las actividades y funciones de la Academia.

11) Consejo de la Magistratura: Por haber renunciado la presidencia de esta Academia, se designó miembro titular al Dr. Humberto Vázquez y suplentes a los Dres. Daniel Pablo Carrera y Héctor Belisario Villegas. El Dr. Villegas renunció por razones de salud. Para el período 2002-2003 el pleno de académicos nombró consejero titular al Dr. Humberto Vázquez, primer suplente al Dr. Daniel Pablo Carrera y segundo suplente al suscripto.

12) El Dr. Ricardo Haro asistió a unas jornadas organizadas por el Superior Tribunal de Comodoro Rivadavia y participó en paneles sobre distintos temas de derecho constitucional.

13) El Dr. Luis Moisset de Espanés, antes de finalizar su presidencia, firmó un convenio marco de colaboración, en la ciudad de Pergamino, con el presidente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales. La mencionada Fundación nuclea todos los colegios de Abogados de la provincia de Buenos Aires. Asimismo, se firmó un convenio marco con el Colegio de Abogados de Tucumán y de Santa Fe.

14) El Dr. Pedro J. Frías y el suscripto integraron el jurado del certamen organizado por la Bolsa de Comercio de Córdoba, «Diez Jóvenes Sobresalientes del año». En el acto de proclamación el suscripto pronunció un discurso como miembro del jurado.

15) La Mesa Directiva se reunió regularmente para tratar los problemas de la Academia y se labraron actas de sus sesiones.

## **XI. Publicaciones de la Academia aparecidas en 2001**

Ha sido importante esta actividad. Baste con enumerar los volúmenes publicados y distribuidos; a saber:

- 1) *Anales* N° XXXIX (actividad del período 2000).
- 2) *Cuaderno* N° XIV del Instituto de Federalismo.
- 3) *Cuaderno* N° 11 del Instituto de Historia del Derecho.
- 4) *El razonamiento judicial*, volumen IV del Instituto de Filosofía del Derecho.
- 5) Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión.
- 6) *Prevención especial y Patronato de Presos y Liberados* de Careaga, Costa, Pizarro, Acebal, Lescano y Gilly. Premio «Dr. Ricardo C. Núñez» del Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba. Año 2000.
- 7) *El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales* de Antonio María Hernández (h).
- 8) *Aspectos jurídicos y económicos del warrant*. Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes 2001», de Miguel A. Acosta.
- 9) *El derecho como objeto tridimensional*. Premio «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes 2001», de Héctor A. Zucchi.
- 10) *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Instituto de Derecho y Ciencias Sociales Santa Fe.

## **XII. Otras actividades en el aula de la Academia**

Continuaron realizándose las sesiones y los actos públicos de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba, entidad a la que, previo formal y oportuno requerimiento, se concedió en préstamo el aula.

## **XIII. Informática**

Se ha adquirido un nuevo equipo de computación muy veloz y con una gran capacidad de archivo, que funciona como ordenador principal y que permite un ágil manejo de la página web y un ritmo acelerado en las tareas de secretaría. Se destinó a la biblioteca un ordenador moderno, que fue reparado y se le incorporaron programas nuevos de bibliotecología. Se adaptó el pequeño ordenador que antes funcionaba en la biblioteca, cambiando la CPU e incorporando un nuevo disco duro, y se empleó en los trabajos de Presidencia.

## **XIV. Institutos de la Academia**

Han proseguido regularmente sus actividades, que están detalladas en los respectivos informes anuales, que han sido presentados por los siguientes institutos de nuestra Corporación: Federalismo; Filosofía del Derecho; Derecho Comparado; de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas; de la Empresa y de Educación, de Derecho y Ciencias Sociales de Santa Fe. En el ejercicio que trato, se crearon dos nuevos institutos: de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración y de Finanzas Públicas y de Derecho Tributario.

Dichos informes serán publicados en nuestros Anales o en los respectivos Cuadernos de los Institutos.

## **XV. Homenaje sesquincentenario de las *Bases* de Juan Bautista Alberdi**

El 1º de mayo de 2002 se cumple el sesquincentenario del libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la República*

*ca Argentina derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sud* de Juan Bautista Alberdi.

El pleno de académicos ha decidido rendir homenaje al prócer y declarar Año Alberdiano el 2002. Con ese motivo se ha resuelto editar las *Bases*.

También, a tal fin, se ha invitado a los académicos y otros estudiosos para que envíen trabajos destinados a la edición de una obra en homenaje a tal conmemoración.

Se firmó un convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba para realizar un simposio en el transcurso de la primera semana de mayo de 2002.

## **XVI. Situación económica de la Academia**

Las partidas que la Academia recibe del Ministerio de Educación fueron recortadas nuevamente en el 2001; se disminuyeron las remesas en un 13 %, lo que dificulta las publicaciones y actividades programadas.

## **XVII. Biblioteca «Alfredo Poviña»**

Nuestra biblioteca sigue enriqueciendo su material mediante donación y canje de material bibliográfico. Continúa la tarea de fichaje y catalogación de las obras. Tal como señaló el Dr. Luis Moisset de Espanés en anteriores Memorias, debo poner de resalto el incremento del caudal bibliográfico derivado del operativo de canje que lleva adelante la Academia, con numerosas instituciones del país y del extranjero.

## **XVIII. Personal de la Academia**

Se desempeñaron en sus respectivas tareas la prosecretaria administrativa abogada Mirta Liliana Bellotti, el contador Dn. Alejandro César Maraschio, la bibliotecaria licenciada Matilde Tagle de Cuenca, y los auxiliares Sres. Juan Carlos Maldonado y Miguel Hugo Arrieta. Todos

ellos han cumplido satisfactoriamente las tareas que les competen, por lo que esta Presidencia agradece su colaboración.

### **XIX. Corolario**

Señores académicos: he procurado cumplir de esta manera con el deber que me impone el art. 15 de nuestros Estatutos y solicito la aprobación de la Memoria, como también del Balance que se acompaña.

Córdoba, 2 de marzo de 2002.

*Ernesto Rey Caro*  
*Secretario*

*Olsen A. Ghirardi*  
*Presidente*

**BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001**  
(en pesos)

<b>ACTIVO</b>	<b>PARCIALES</b>	<b>TOTALES</b>
<i>Capítulo I - MUEBLES E INMUEBLES</i>		
Inmuebles	4,83	
Máquinas		
Ejercicio anterior	12.639,77	
Ultraspiradora	135,00	
Teléfono	190,00	12.964,77
Muebles y útiles e instalaciones		
Ejercicio anterior	5.920,24	5.920,24
Cuadros	0,001	
Biblioteca	4,26	
Equipo aire acondicionado	9.085,28	
Retroproyector	641,00	28.620,381
<i>Capítulo II -DISPONIBILIDADES</i>		
Caja Chica	183,11	
Banco Nación Cuenta Corriente	1.800,11	
Banco Suquía Caja Ahorro en pesos	9.967,47	
Banco Nación Plazo Fijo en dólares	45.699,00	
Banco Suquía Plazo Fijo	11.353,00	
Banco Suquía Plazo Fijo	33.397,30	102.399,99
<b>TOTAL</b>		<b>131.020,37</b>
<hr/>		
<b>ACTIVO</b>	<b>PARCIALES</b>	<b>TOTALES</b>
<b>PASIVO</b>		
<b>DEUDAS</b>		
No existe	0,00	
<b>CAPITAL SOCIAL</b>		
		131.020,37
<b>TOTAL</b>		<b>131.020,37</b>

**DETALLE DE MOVIMIENTOS DE INGRESOS Y EGRESOS DE  
LOS APORTES REALIZADOS A LA ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, DESDE  
EL 1º DE ENERO DE 2001 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001, POR  
LA TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

<b>CONCEPTOS A RENDIR</b>	<b>PARCIALES</b> (en pesos)	<b>TOTALES</b> (en pesos)
Saldo pendiente de rendición al 31/12/2000		5.614,69
Aportes recibidos de Tesorería Gral. de la Nación		
1) 03/01/2001	10.933,60	
2) 02/02/2001	10.933,60	
3) 02/03/2001	10.933,60	
4) 04/04/2001	10.933,60	
5) 03/05/2001	10.933,60	
6) 04/06/2001	10.933,60	
7) 03/07/2001	13.044,00	
8) 02/08/2001	10.933,60	
9) 04/09/2001	9.512,93	
10) 02/10/2001	9.512,93	
11) 05/11/2001	9.512,93	
12) 12/12/2001	3.672,10	121.790,09
<b>Total a rendir</b>		<b>127.404,78</b>
<i>Egresos del 01/01/2001 al 31/12/2001</i>		
- Sueldos	26.820,00	
- Servicios de terceros	15.892,50	
- Agua corriente y cloacas	251,58	
- Energía eléctrica	1.003,58	
- Gastos generales	5.116,71	
- Publicaciones	30.131,84	
- Gastos oficina	1.967,92	
- Gas	164,26	
- Gastos limpieza	1.218,60	
- Conservación edificio	4.517,88	
- Gastos movilidad y viajes	1.489,30	
- Teléfono	2.155,85	
- Seguros	2.611,10	
- Distribución de correspondencia	11.337,39	
- Gastos actos y representación	4.592,40	
- Comisiones y gastos bancarios	1.021,59	

## MEMORIA Y BALANCE

515

- Impuesto inmobiliario	558,00	
- Anses y Obra Social	12.277,90	
- Repuestos y reparaciones	506,35	
- Honorarios	873,30	
- Gastos computación	1.066,53	
- Premio Federalismo	1.000,00	
- Muebles y útiles	325,00	126.899,58
Saldo pendiente de rendición al 31/12/2001		505,20

**CUENTAS DE GASTOS Y RECURSOS:** Correspondientes al período  
que abarca desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2001

<b>DEBE</b>	<b>GASTOS</b> (en pesos)	<b>TOTALES</b> (en pesos)
<i>Egresos del 01/01/2001 al 31/12/2001</i>		
Sueldos	26.820,00	
Servicios de terceros	15.892,50	
Agua corriente y cloacas	251,58	
Energía Eléctrica	1.003,58	
Gastos Generales	5.116,71	
Publicaciones	30.131,84	
Gasto Oficina	1.967,92	
Gas	164,26	
Gastos limpieza	1.218,60	
Conservación edificio	4.517,88	
Gastos movilidad y viajes	1.489,30	
Teléfono	2.155,85	
Seguros	2.611,10	
Distribución de correspondencia	11.337,39	
Gastos actos y representación	4.592,40	
Comisiones y gastos bancarios	1.021,59	
Impuesto inmobiliario	558,00	
Anses y Obra Social	12.277,90	
Repuestos y reparaciones	506,35	
Honorarios	873,30	
Gastos computación	1.066,53	
Premio Federalismo	1.000,00	
		126.574,58
Superávit del ejercicio		10.445,71
		137.020,29
 <b>HABER</b>	 <b>RECURSOS</b> (en pesos)	
Intereses Ganados	6.821,20	
Aportes Tesorería Gral. de la Nación	121.790,09	
Aporte Banco Suquía	2.000,00	
Venta publicaciones	6.409,00	
		137.020,29

## INFORME DE AUDITORÍA

A LA HONORABLE COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CERTIFICO haber examinado el Balance General año 2001 practicado el día 31 de diciembre de ese año, y el detalle del movimiento de los ingresos y egresos del Aporte otorgado a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2001 los cuales arrojan las siguientes cifras:

<i>BALANCE GENERAL</i>	<i>En Pesos</i>
ACTIVO	131.020,37
PASIVO	0,00
CAPITAL SOCIAL	131.020,37

*DETALLE DE MOVIMIENTOS DE INGRESOS Y EGRESOS*

Saldo pendiente de rendición a Tesorería General de la Nación al 31/12/2000	5.614,69
Ingresos: Aportes recibidos durante el año 2000 de Tesorería General de la Nación	121.790,09
Suma	127.404,78
Egresos	-126.899,58
Saldo pendiente de rendición a Tesorería General de la Nación al 31/12/2001	505,20

El análisis se efectuó aplicando normas de Auditoría por lo cual considero que los Estados Contables indican la real situación Patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y el detalle de Movimientos de Ingresos y Egresos responde a la suma de operaciones correspondientes. Expido el presente en la ciudad de Córdoba, a veintisiete días del mes de febrero de 2002.

*Ernesto Rey Caro*  
*Secretario*

*Alejandro César Maraschio*  
*Contador Público U.C.C.*  
Mat. 10-02397.6 C.P.C.E. Cba.

## ESTADO DE ORIGEN Y APLICACIÓN DE FONDOS

Por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2001 comparativos con el ejercicio anterior. En pesos.

	EJERCICIO FINALIZADO EL	
	31/12/2000	31/12/2001
<b>VARIACIÓN DE FONDOS</b>		
Fondos al inicio del ejercicio	130.050,47	94.403,08
Disminución de fondos	-35.647,39	
Aumento de fondos		<u>7.996,91</u>
Fondos al cierre del ejercicio	<u>94.403,08</u>	<u>102.399,99</u>
<b>CAUSAS DE VARIACIÓN DE FONDOS</b>		
Aportes Tes. Gral. Nación e intereses ganados	164.241,24	128.611,29
Aporte especial Banco Suquía	1.000,00	2.000,00
Otros ingresos ordinarios		6.409,00
<b>Menos:</b>		
Egresos ordinarios	-155.170,30	-126.574,58
Aumento de Fondos ordinarios	10.070,94	10.445,71
Adquisición de bienes de uso	- 864,13	-325,00
Nuevas deudas a corto plazo	2.123,80	
Pago deudas a corto plazo	- 46.978,00	- 2.123,80
Disminución de fondos ordinarios	-35.647,39	
Aumento de fondos ordinarios		7.996,91

*Ricardo Haro*  
Secretario

*Alejandro César Maraschio*  
Contador Público U.C.C.  
Mat. 10-02397.6 C.P.C.E. Cba.

## ÍNDICE GENERAL

Pág.

Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 2001-2004) .....	7
Académicos de número y distribución de sillones al 31-12-02 .....	9
Académicos correspondientes argentinos al 31-12-02 .....	11
Académicos correspondientes extranjeros al 31-12-02 .....	13
Institutos de la Academia .....	16
Premio «Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba» .....	17
Premio «Provincias Unidas» .....	18
Premio «Al Joven Jurista» .....	19
Distinción «Maestro del Derecho» .....	20
Premio Publicación de Tesis Sobresalientes .....	20
Presidencia .....	21
Sillones Académicos. Su historia (al 31-12-2000) .....	21
Autoridades de la Academia desde su fundación .....	25
Académicos de número desde su fundación .....	29

### **DOCTRINA**

#### **La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI**

*por Francisco Fernández Segado* .....

35

#### **Escuela Chilena de Historia del Derecho: aportes y desarrollo**

*por Sergio Martínez Baeza* .....

83

#### **El sistema jurídico de la Unión Europea**

*por Jaime Lluís y Navas* .....

99

**La crisis argentina**

*por Pedro J. Frías* ..... 133

**¿Existe una culpabilidad civil y una culpabilidad penal?**

*por Justo Laje Anaya* ..... 141

**Extrativismo y actividad agraria**

*por Fernando P. Brebbia* ..... 157

**ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA**

**- DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS  
EN SESIONES PRIVADAS**

**La función administrativa**

*por Julio I. Altamira Gigena* ..... 169

**La inconstitucionalidad del «corralito» financiero y bancario**

*por Antonio María Hernández* ..... 177

**El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur**

*por Ernesto Rey Caro* ..... 205

**¿La americanización del derecho?**

*por Olsen A. Ghirardi* ..... 247

**Situación del sistema bancario argentino**

*por Efraín Hugo Richard* ..... 263

**La «media palabra» presidencial para la gobernación de Córdoba**

*por Pedro J. Frías* ..... 295

**El Dr. Dalmacio Vélez Sársfield en su profesión de abogado. Una defensa penal**

*por Humberto Vázquez* ..... 302

<b>Acuerdo Argentina-Australia sobre usos pacíficos de la energía nuclear</b> <i>por Alberto Pascual Maiztegui</i> .....	313
<b>Asistematicidad de la reforma concursal</b> <i>por Efraín Hugo Richard</i> .....	317
 <i>- RECEPCIÓN DE NUEVOS MIEMBROS CORRESPONDIENTES</i>	
a) En el extranjero	
Recepción del académico correspondiente en España, Dr. Francisco Fernández Segado Presentación por el Dr. Ricardo Haro .....	325
Recepción del académico correspondiente en Chile, Dr. Sergio Martínez Baeza Presentación por el Dr. Pedro J. Frías .....	331
Recepción del académico correspondiente en España, Dr. Jaime Lluís y Navas Presentación por el Dr. Luis Moisset de Espanés .....	333
 <i>- PREMIOS</i>	
Acto de entrega de premios a los ganadores del Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes» .....	339
Palabras del Dr. Efraín Hugo Richard .....	339
Palabras del Dr. Ezequiel Abásolo .....	343
Palabras del Dr. Fabián I. Balcarce .....	345
Palabras del Dr. José Luis Martínez Peroni .....	346
 Acto de entrega del Premio Concurso de Monografías Jurídicas 2002 sobre el tema «Las Bases de Alberdi y la realidad actual de la República Argentina. Lo cumplido y lo incumplido».	
Palabras del Ab. Jorge Oscar Orgaz .....	347

<i>Las Bases</i> de Alberdi para un nuevo siglo argentino por Ab. Jorge Oscar Orgaz.....	351
Acto de presentación del libro-homenaje a Juan Bautista Alberdi, en el sesquicentenario de las <i>Bases</i> . Salón de los Pasos Perdidos, Tribunales I de la Ciudad de Córdoba	
Palabras del decano de la Facultad de Derecho	
Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira .....	409
Palabras del Prof. Dr. Domingo Sesin .....	411
Palabras del Dr. Olsen A. Ghirardi .....	416
- <i>DECLARACIÓN SOBRE LA CRISIS</i> .....	421
- <i>JORNADAS MÉDICO-JURÍDICAS</i> .....	427
- <i>HOMENAJE PÓSTUMO AL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE</i> <i>JUAN CARLOS AGULLA</i> .....	431
- <i>NUESTRO SITIO WEB</i> .....	435
- <i>RECENSIONES</i>	
Temática de las Constituciones Sinodales Indianas (s. XVI-XVIII): Arquidiócesis de la Plata	
por Marcelo A. Barberán .....	439
Argentina hoy, desde nuestra América	
por Pedro J. Frías .....	441
Responsabilidad civil por liquidación de empresas de seguro	
por Efraín Hugo Richard .....	443
¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?	
por Armando S. Andruet (h) .....	449

Pequeño diccionario de la sabiduría. Recopilación de frases y conceptos por <i>Armando S. Andruet (h)</i> .....	453
Droits premiers. Pour une métaphysique de la singularité des droits et des cultures, por <i>Olsen A. Ghirardi</i> .....	457
<i>- MEMORIAS DE LOS INSTITUTOS</i>	
Memoria del Instituto de Derecho Comparado .....	461
Memoria del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe .....	463
Memoria del Instituto de Educación .....	465
Memoria del Instituto de Federalismo .....	466
Memoria del Instituto de la Empresa .....	467
Memoria del Instituto de Filosofía del Derecho .....	480
Memoria del Instituto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario .....	485
Memoria del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña .....	485
Memoria del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración .....	492
<i>- MEMORIA DE LA BIBLIOTECA «ALFREDO POVIÑA» 2002</i> .....	
<i>- MEMORIA DE LA ACADEMIA Y BALANCE</i>	
Memoria de la Academia - Año 2001 .....	501
Balance general al 31 de diciembre de 2001 .....	513
Detalle de movimientos de ingresos y egresos de los aportes realizados .....	
Detalle de movimientos de ingresos y egresos de los aportes realizados a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2001, por la Tesorería General de la Nación .....	514
Cuenta de gastos y recursos .....	516
Informe de Auditoría .....	517
Estado de origen y aplicación de fondos .....	518



Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,  
en el mes de abril de 2003





