





# **ANALES**

*Sesquicentenario de la  
Constitución Nacional de 1853*



# ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XLII  
AÑO ACADÉMICO 2003

CÓRDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA

CDD  
300:340

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba

**Anales 2003: Academia Nacional de Derecho y  
Ciencias Sociales de Córdoba. - 1° ed.**

Córdoba, 2004.  
568 p. ; 23x16 cm.  
ISBN 987-1123-18-3

1. Ciencias Sociales–Derecho. I. Título

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. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Revisor de Cuentas*

Dr. HORACIO ROITMAN  
*Revisor de Cuentas suplente*

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ  
*Director de Publicaciones*

Dr. ARMANDO S. ANDRUET  
*Director de Publicaciones adjunto*

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba  
Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929  
E-mail: [acader@arnet.com.ar](mailto:acader@arnet.com.ar)

Consulte novedades doctrinarias en la  
Página Web: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)

REPÚBLICA ARGENTINA

## **Presidentes Honorarios**

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS



ACADÉMICOS DE NÚMERO Y DISTRIBUCIÓN DE SILLONES  
al 31-12-2003

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
Víctor H. Martínez (12-10-76) .....	Sillón Enrique Rodríguez
Fernando Martínez Paz (15-4-77) .....	Sillón Jerónimo Cortés
Olsen A. Ghirardi (31-8-84) (*) .....	Sillón Juan Bialet Massé
Ricardo Haro (31-8-84) .....	Sillón Ramón Ferreyra
Efraín Hugo Richard (31-8-84) .....	Sillón Mariano Fragueiro
Juan Carlos Palmero (28-9-84) .....	Sillón Juan Antonio de Saráchaga
Jorge de la Rúa (18-10-85) .....	Sillón Santiago Derqui
Julio I. Altamira Gigena (11-8-89) .....	Sillón Deán Gregorio Funes
Juan Manuel Aparicio (11-8-89) .....	Sillón Rafael García
Daniel Pablo Carrera (11-8-89) .....	Sillón Julio B. Echegaray
Ernesto Rey Caro (11-8-89) .....	Sillón Salvador María del Carril
Héctor Belisario Villegas (11-8-89) .....	Sillón Alejo del Carmen Guzmán
Enrique Ferrer Vieyra (31-5-93) .....	Sillón Juan M. Garro
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
Ramón Daniel Pizarro (2-12-97) .....	Sillón Manuel D. Pizarro

---

(\*) 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.

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 (h) (26-6-2001) .....	Sillón Enrique Martínez Paz
Nelson Carlos Dellaferrera (29-5-2001) .....	Sillón Manuel Lucero
Zlata Drnas de Clément (15-5-2001) .....	Sillón Félix Sarria

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES ARGENTINOS  
al 31-12-2003

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.  
Jorge Walter Peyrano - Rosario - 24-6-2003.  
Pascual Eduardo Alferillo - San Juan - 24-6-2003.  
Rolando Oscar Guadagna - Río Cuarto (Córdoba) - 12-8-2003.  
Marcelo López Mesa - Neuquén - 4-10-2003.  
Juan Carlos Veiga - Tucumán - 25-11-2003.  
Ernesto Clemente Wayar - Tucumán - 25-11-2003.  
Carlos Páez de la Torre - Tucumán - 25-11-2003.  
Ricardo Alberto Muñoz - Río Cuarto (Córdoba) - 25-11-2003.  
Roberto G. Loutayf Ranea - Salta - 25-11-2003.  
Antonio Juan Rinesi - Chaco - 25-11-2003.  
Alberto Sánchez - San Juan - 25-11-2003.

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS  
al 31-12-2003

Héctor Fix Zamudio - México - 16-12-75.  
Rafael Caldera - Venezuela - 12-10-76.  
Antonio La Pergola - Italia - 22-6-79.  
Manuel Fraga Iribarne - España - 15-12-80.  
Rafael Entrena Cuesta - España - 15-12-80.  
Gonzalo Parra-Aranguren - Venezuela - 28-5-82.  
Ernesto Garzón Valdés - Alemania - 28-9-84.  
Luciano José Parejo Alfonso - España - 19-3-86.  
Eduardo García de Enterría - España - 19-3-86.  
Angel Rojo Fernández-Río - España - 4-7-86.  
Pierangelo Catalano - Italia - 4-7-86.  
Miguel Reale - Brasil - 25-6-86.  
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 Bascañán - 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 Alfonso 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.  
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  
Jorge Antonio Giammattei Avilés - El Salvador - 31-6-2003.  
Ricardo Alonso García - España - 12-8-2003.

## 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



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: Dr. Helio Juan Zarini (Bell Ville - Pcia. de Córdoba)
- Edición 1994: Fundación del Tucumán
- Edición 1995: Silvia Cohn (Tierra del Fuego)  
José Raúl Heredia (Chubut)  
Ezequiel y Martín Lozada
- Edición 1996: Profesor Carlos S. A. Segreti
- Edición 1997: Dr. Guillermo Barrera Buteler
- Edición 1998: Lic. Raúl Hermida
- Edición 2001: Dr. Armando R. Bazán y equipo de colaboradores del libro: «La cultura del Noroeste argentino»
- Edición 2003: Consejo Empresario Mendocino.

## PREMIO “AL JOVEN JURISTA”

### *Nómina de juristas premiados*

- 1985: Delia Matilde Ferreira Rubio  
Ramón Daniel Pizarro  
Matilde Zavala de González
- 1987: Julio Ceferino Sánchez Torres
- 1989: Armando S. Andruet (h)  
Domingo Juan Sesín  
Gabriel B. Ventura
- 1991: *Premio:* Alfredo Lemon  
*Menciones especiales:* Silvana María Chiapero de Bas  
Mario Claudio Perrachione  
Carlos Alberto Tamantini
- 1993: (Declarado desierto)
- 1995: *Premio:* Mario Claudio Perrachione  
*Menciones especiales:* José Fernando Márquez  
Guillermo P. Tinti
- 1997: *Premio:* Verónica F. Martínez de Petrazzini  
Guillermo P. Tinti  
*Menciones especiales:* Fernando J. Cafferata  
José Daniel Cesano
- 1999: *Premio:* María Isolina Dabove Caramuto  
Alfredo Mario Soto  
Fabián Ignacio Balcarce
- 2001: *Premio:* Martín Abdala  
Fernando Alfonso María Toller  
*Menciones especiales:* Enrique Camps  
Luis Ramiro Carranza Torres  
Carlos Alberto Molina Sandoval
- 2003: *Premio:* Carlos Alberto Molina Sandoval  
*Menciones especiales:* Ezequiel Abásolo  
Gustavo Arocena

## DISTINCIÓN “MAESTRO DEL DERECHO”

Edición 1990: Agustín Díaz Bialet

Edición 1996: Fernando J. López de Zavalía

## PREMIO PUBLICACIÓN DE TESIS SOBRESALIENTES

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

Edición 2001: Miguel Angel Acosta  
Héctor A. Zucchi.

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

Edición 2003: Susana Frascaroli  
Benjamín Moisés  
María Susana Najurieta

## 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  
Revisor de Cuentas: Julio I. Altamira Gigena  
Revisor de Cuentas  
Suplente: Horacio Roitman  
Director de Publicaciones: Humberto Vázquez  
Director de Publicaciones  
Adjunto: Armando S. Andruet



## ACADÉMICOS DE NÚMERO DESDE SU FUNDACIÓN

<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 Biale Massé

(†) Fallecido.

(\*) No tuvo sillón adjudicado

(\*\*) Renunció.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
MARTÍNEZ PAZ Enrique (h) (†)	27-5-52	Enrique Martínez Paz
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
CLARÍA 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

(✠) (†) Fallecido.

(\*) No tuvo sillón adjudicado

(\*\*) Renunció.

<i>Sillón</i>	<i>Fecha de Nombramiento</i>	<i>Sillón Académico</i>
LUQUE COLOMBRES Carlos (†)	15-4-77	Victorino Rodríguez
MARTÍNEZ PAZ Fernando	15-4-77	Jerónimo Cortés
PEÑA Roberto Ignacio (†)	15-4-77	Nicolás Avellaneda
GHIRARDI Olsen A.	31-8-84	Juan Bialet Massé
HARO Ricardo	31-8-84	Ramón Ferreyra
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**



# **EFFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL PACTADO POR LA AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ**

por ULISES PITTÍ \*

**SUMARIO:** Introducción. I. Antecedentes históricos. A. Antecedentes coloniales. B. El Tratado de 1903. C. Los Tratados Torrijos - Carter. II. La nueva legislación arbitral de Panamá. III. Efectos del Convenio Arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá. A. Efectos sustantivos del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá. B. Efectos procesales del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá. Bibliografía. Revisitas. Textos legales.

## **Introducción**

La presente intervención con fines didácticos, ha sido dividida en tres apartados: uno relativo a los antecedentes históricos de la autoridad del Canal de Panamá, otro relacionado a una síntesis de la legislación arbitral panameña, y, finalmente, el tema central objeto de la conferencia: los efectos del convenio arbitral.

Hemos abordado tres segmentos que pueden ser estudiados de forma separada, pero para los fines que nos ocupan, resulta conveniente precisar cuál es la importancia y efectividad que tiene para Panamá y el mundo, que la institución panameña que hoy administra el Canal, que otrora administrara la primera potencia del mundo, tenga como métodos

---

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en Panamá, pronunciado el 25 de marzo de 2003, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

alternos de solución de conflictos, el arbitraje, la conciliación y la mediación, en contraposición a aquellos a los que les resulta difícil aceptar que el Estado pueda someterse a juicios de particulares con prescindencia de la jurisdicción ordinaria o estatal.

La complejidad resulta mayor, si tenemos presente que la estructura normativa del Canal de Panamá, está regida en primer lugar, por la Constitución Política de la República de Panamá, los Tratados Torrijos Carter, la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, y sus reglamentos, los Convenios Arbitrales que Panamá ha ratificado, la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, y finalmente, el decreto ley N° 5 del 8 de julio de 1999, que establece el Régimen General del Arbitraje, la Conciliación y la Mediación, en congruencia con todo ese andamiaje normativo.

Hemos aceptado y regulado, la conciliación, la mediación y el arbitraje como la institución más idónea para la solución de controversias que surjan, como es natural, entre la Autoridad del Canal de Panamá y cualesquiera otra persona natural o jurídica con las que se generen relaciones contractuales o extracontractuales.

La historia de Panamá es una historia viviente, en la que el Canal de Panamá, selló para siempre, en nuestra relación con los Estados Unidos, por casi 100 años, que la negociación como método alternativo de solución de conflictos, es un instrumento jurídico efectivo para lograr nuestros objetivos. Ello ha cimentado una cultura, para el consenso y el manejo de los conflictos.

## **I. Antecedentes históricos**

### *A. Antecedentes coloniales*

Panamá ocupa un lugar privilegiado en el continente, no sólo por su posición geográfica, sino también por ser históricamente un punto de encuentro para el comercio y las relaciones entre los pueblos, en dirección norte-sur, este y oeste. Es así como el Istmo de Panamá ha sido utilizado como ruta de tránsito desde la prehistoria (año 8000 AC) hasta nuestros días.

Se estima que del intenso vulcanismo que definió la estructura del globo terrestre en la era Terciaria, surgió el Istmo Centroamericano como

una franja de tierra que unía las dos grandes masas del norte y sur del continente. Hallazgos arqueológicos revelan que por el Darién (límite con Colombia) pasaban los pueblos de Meso América que trabajaban la piedra. Por allí traerían nuestros más antiguos pobladores -los chibchas-, su cerámica, el cultivo de la calabaza, el maíz y la yuca, alimentos básicos de nuestros aborígenes.

En 1502, el almirante Cristóbal Colón arribó a las costas del Istmo, en el Atlántico y tras las revelaciones de los nativos de que al otro lado de tierra firme había otro océano, se iniciaron las expediciones que abrieron otros horizontes para los colonizadores españoles y para el mundo entero. No fue sino, hasta 1513 cuando Vasco Núñez de Balboa descubrió el Mar del Sur, acontecimiento que consagró el destino geográfico del Istmo de Panamá.

Las descripciones de Balboa sobre la riqueza de la región le valieron a ésta el nombre de Castilla de Oro, y el 15 de agosto de 1519 el gobernador Pedro Arias Dávila trasladó la sede de la colonia a las riberas del nuevo océano, donde fundó la ciudad de Panamá, nombre que le daban los nativos a la abundancia de peces y mariposas y a unos grandes árboles del lugar. A partir de entonces, Panamá se convirtió en puerto de partida de múltiples expediciones hacia tierras distantes y el gobernador de la ciudad, «Pedrarias» concibe por primera vez, unir el Atlántico con el Pacífico, a través de un camino de tierra.

En 1534, Pascual de Andagoya señaló a Carlos V, rey de España, la importancia del Chagres y de una comunicación marítima entre ambas costas del Istmo. Siglos después, los constructores del Canal de Panamá utilizarían ese río y esa ruta para unir los dos mares <sup>1</sup>.

Ante las noticias que recibía Carlos V, sobre el caudaloso Chagres, ordenó hacer los primeros estudios topográficos para la construcción de un canal por su zona más estrecha, esto es de 80 kilómetros de longitud.

Esa extraordinaria idea de Carlos V, no se pudo en aquel momento hacer realidad, porque sobrepasaba sus capacidades; sin embargo, sí lograron pavimentar con guijarros los caminos para transportar a lomo de mulas, toneladas de oro procedentes del Perú con destino a España. Allí

---

<sup>1</sup> Ver *Conozcamos nuestro Canal*, Comisión del Canal de Panamá, Ministerio de Educación, Panamá, pág. 2.

están como testimonios dormidos, los vestigios del camino de cruces que comunicaba a los puertos ubicados en los océanos Atlántico y Pacífico, ahorrándose con ello la vuelta al Cabo de Hornos <sup>2</sup>.

Nuestra historia da cuenta de que en 1880 Fernando De Lesseps, había culminado exitosamente la construcción del Canal de Suez, y vendió acciones a los franceses con el fin de financiar la construcción de un canal por Panamá. Pero no fue suficiente la considerable habilidad de los ingenieros franceses, toda vez que fueron diezados por las enfermedades como la fiebre amarilla y la geografía del Istmo. Pese a que la Compañía Universal del Canal Interoceánico, fundada por De Lesseps, invirtió más de cuatro millones de balboas en excelentes instalaciones hospitalarias, no fue suficiente para enfrentar los estragos que causaron las epidemias en el Istmo.

Es evidente que la falta de planeamiento y organización, especialmente en el área de finanzas y recursos técnicos, provocó desde el comienzo múltiples dificultades. Sumado a lo anterior, los rumores de corrupción y malversación de fondos de la Compañía, llevaron al gobierno francés a tomar medidas enérgicas al respecto y así, ante una exhaustiva inspección, se denunció una situación de crisis que alarmó a los franceses y ante una cadena de acusaciones, los tribunales de justicia ordenaron el cierre y liquidación de la empresa.

### *B. El Tratado de 1903*

Ante el fracaso de los franceses en el proyecto de un canal por el Istmo de Panamá, Estados Unidos adquirió los derechos y propiedades de la compañía francesa del Canal por un valor de cuarenta (40) millones de dólares.

La obra se inició en 1904 y estuvo concluida en 1914, a un costo de cuatrocientos (400) millones de dólares, con la participación de setenta y cinco mil (75.000) hombres y mujeres. En esos trabajos se enfrentaron diversos problemas sin precedentes, dado que es uno de los más grandio-

---

<sup>2</sup> Ver «El Canal es panameño», Presidencia de la República de Panamá, 31/12/99, pág. 1.

esos atajos marítimos del mundo, en donde todo fue importado, hasta el último clavo<sup>3</sup>.

Es preciso destacar que la mayoría de los hombres y mujeres que laboraron en la construcción del Canal, penosamente han sido olvidados; sin embargo, su leyenda para Panamá y el mundo, es una obra viviente. Se recuerdan sólo algunos: William Crawford Gorgas y su cuerpo médico, toda vez que tienen como mérito la erradicación de la fiebre amarilla y la malaria, y en cuyo honor se creó el Hospital Gorgas; otras personalidades como el ingeniero John Stevens y el coronel George Goethals, con sus significativos aportes administrativos y tecnológicos en la construcción de las esclusas, la represa de Gatún y la excavación del Corte Culebra<sup>4</sup>.

Además de estos grandes líderes de la gran proeza de construir el Canal, hubo un ejército de hombres heroicos y valerosos procedentes de España, Italia, Colombia y, sobre todo, de las islas del Caribe, quienes llevaron sobre sus hombros la ardua tarea de excavar la gran zanja.

En 1914, el vapor Ancón fue la primera nave en transitar por el Canal de Panamá y desde aquel entonces hasta hoy, más de ochocientos (800) mil barcos han navegado por este puente acuático de agua dulce, que une a los dos océanos más grandes del mundo. Ello hace posible que un tránsito por el Canal sea la ruta marítima más corta del mundo para el tráfico mercantil internacional. Ese tránsito de 80 kilómetros por el Canal toma entre 8 y 10 horas; el peaje más caro lo pagó en 1999 el buque Sisler, que pagó ciento ochenta y cuatro mil ciento catorce dólares con ochenta centavos (US\$ 184.114,80) y el peaje más barato lo pagó el señor Richard Halliburton (0,36 centésimos) que en 1928 cruzó el Canal en diez días, a nado<sup>5</sup>.

El Canal de Panamá representa para la nación panameña el punto convergente de la defensa permanente de nuestra soberanía.

---

<sup>3</sup> Ver «El Canal es panameño», Presidencia de la República de Panamá, 31/12/99, pág. 2.

<sup>4</sup> Ver «El Canal es panameño», Presidencia de la República de Panamá, 31/12/99, pág. 2.

<sup>5</sup> Ver *Conozcamos nuestro Canal*, Comisión del Canal de Panamá, Ministerio de Educación, Panamá, pág. 54.

Es preciso destacar que la firma del Tratado Canalero de 1903, denominado Hay Buneau Varilla, unió desde aquel entonces a los panameños, en la gran religión de todos. Comenzamos a librar la gran batalla de liberación para la recuperación de nuestro principal recurso para la vida del país. Ese recurso fue administrado por la primera potencia del mundo, por casi cien años, lo que significó el financiamiento de su marina mercante por los bajos peajes que siempre se pagaron.

De las reclamaciones de Panamá con respecto a las interpretaciones del tratado Hay Buneau Varilla, surgió el denominado Convenio Taft de 1904, por el cual Estados Unidos le hacía ciertas concesiones a la República. Pero ante una serie de controversias políticas que amenazaban la soberanía panameña, y diferencias entre las autoridades del Istmo y las de la Zona del Canal, el presidente Belisario Porras, planteó por primera vez, la necesidad de concertar un nuevo tratado entre los dos países en 1914.

Frente a una política poco flexible de Washington, se iniciaron las conversaciones para introducir reformas al Tratado del Canal; pero el convenio Kellog-Alfaro, firmado en 1926, fue rechazado por la Asamblea Nacional de Panamá.

En 1936, con el Tratado Arias-Roosevelt se logró anular el principio de la intervención militar norteamericana en nuestros asuntos internos, para cambiar el concepto jurídico de que Panamá era un país protegido por Estados Unidos, que garantizaba nuestra independencia.

En 1953, el presidente José Antonio Remón Cantera inició con las autoridades de Washington una serie de conversaciones que culminaron en enero de 1955 con la firma del Tratado Remón-Eisenhower, que otorgaba algunas ventajas económicas a la República de Panamá.

En abril de 1964, tras los sucesos del 9 de enero en que cayeron jóvenes panameños que intentaban colocar la bandera panameña en la Zona del Canal, Estados Unidos suscribió con Panamá la declaración Moreno-Bunker, en la que se comprometía a establecer negociaciones destinadas a derogar el Tratado Hay-Buneau Varilla.

En 1965, Panamá y Estados Unidos firmaron la declaración Robles-Johnson, de la cual surgieron no uno, sino tres tratados: uno sobre la administración del Canal actual, otro para la excavación de un canal a nivel por una nueva ruta, y otro sobre la defensa del canal y su neutralidad. Este último suscitó tales protestas que el presidente panameño Mar-



co Aurelio Robles retiró los nuevos tratados de la mesa de deliberaciones de la Asamblea Nacional <sup>6</sup>.

### C. *Los Tratados Torrijos - Carter*

Esta larga historia canalera de entrega permanente, en la que llegaron a ofrendar sus vidas jóvenes estudiantes panameños, en un hecho sin precedentes, de enfrentamientos con las tropas acantonadas en la Zona del Canal, potenció un proceso negociador que con la *solidaridad internacional* alcanzó en 1977, su punto culminante, la firma de los Tratados Torrijos - Carter, con lo cual se da inicio en 1979 al proceso de transición para la transferencia del Canal de Panamá, que culmina el 31 de diciembre de 1999. *Ello es, sin duda alguna, un digno ejemplo para la humanidad de lo que podemos lograr a través del método pacífico de la negociación y la mediación concertada*, entre un pequeño país hoy de unos 3 ½ millones de habitantes y la primera potencia mundial en lo económico, militar y político.

Cabe destacar, que el Tratado del Canal de 1977 derogó el Tratado Hay-Bunau Varilla y sus pactos complementarios, *eliminando los conceptos de perpetuidad* de la administración norteamericana y de *defensa continental* que se había dado a las fuerzas armadas de los Estados Unidos. Mediante este pacto, Estados Unidos se obligó a velar porque Panamá recibiera el Canal en óptimas condiciones al mediodía del 31 de diciembre de 1999 <sup>7</sup>.

La transición fue gradual y progresiva a través del Tratado Torrijos-Carter. Se logra que la administración, funcionamiento y operación del Canal de Panamá quedaran a cargo de una agencia gubernamental de los Estados Unidos, denominada Comisión del Canal de Panamá, dirigida por una Junta Directiva binacional compuesta por nueve miembros, cinco

---

<sup>6</sup> Ver *Conozcamos nuestro Canal*, Comisión del Canal de Panamá, Ministerio de Educación, Panamá, pág. 18.

<sup>7</sup> Ver *Conozcamos nuestro Canal*, Comisión del Canal de Panamá, Ministerio de Educación, Panamá, pág. 19.

ciudadanos norteamericanos y cuatro panameños. Durante un lapso de diez años la administración estuvo a cargo de un norteamericano y la subdirección fue ocupada un panameño, y partir de 1990, la administración pasó a presidirla un panameño hasta culminar la transferencia; transferencia que a nuestro juicio aún quedó inconclusa. Los norteamericanos nos dejaron áreas contaminadas con presencia de municiones no explotadas, esparcidas en la superficie de las áreas de tiro o enterradas bajo tierra, más la contaminación que resulta de las áreas normales.

En relación con lo arriba expuesto, nuestro primer subadministrador del Canal, Fernando Manfredo consideró que *«para 1999 Estados Unidos había cerrado la totalidad de las bases militares y nos había devuelto unas 34,000 hectáreas incluyendo 16.818 hectáreas utilizadas como polígonos de tiro. Los polígonos de tiro de Emperador, Piña y el del lado oeste del Canal tienen una superficie de 16.818 hectáreas, prácticamente el 50% de las 34.000 hectáreas que revirtieron. Panamá no puede aceptar que la limpieza sea como un requisito cualquiera y que las prácticas que se utilicen sean inadecuadas o insuficientes para proteger la salud humana y el medio ambiente»*<sup>8</sup>.

El numeral 4, del artículo IV del acuerdo para la ejecución del Tratado, obliga a los Estados Unidos a descontaminar las áreas revertidas; sin embargo, una frase contenida en esa norma aludida la utilizan los Estados Unidos para atenuar sus responsabilidades, toda vez que ésta expresa textualmente: *«A la terminación de cualesquiera actividades u operaciones conforme a este acuerdo, Estados Unidos estará obligado a adoptar todas las medidas para asegurar hasta donde sea viable que toda amenaza a la vida, salud y seguridad humana sea removida de cualquier sitio de defensa, área de coordinación militar o porción de la misma, en la fecha en que cese la autorización para su uso por parte de las Fuerzas de Los Estados Unidos»* (el destacado es nuestro).

Los Estados Unidos nos dejaron áreas contaminadas y están obligados, a nuestro juicio, a descontaminarlas; puede ser esto materia de conciliación, mediación o arbitraje, según el propio Tratado en el artículo XIV.

---

<sup>8</sup> Ver Fernando MANFREDO, «La contaminación ambiental en las bases militares». Revistas Tareas N° 90, 1995, págs. 119-128.

Los Tratados Canaleros de 1977 y sus acuerdos conexos crean también organismos binacionales de coordinación, como el Comité Conjunto, el Comité Consultivo y la Comisión Mixta sobre Medio Ambiente. Así fuimos asumiendo progresivamente todos los niveles y jerarquías en la administración del Canal, generándose un aumento de la fuerza laboral de Panamá, que pasó desde 1979 hasta 1999, de un 69.2% a un 95%.

En este orden de ideas en 1993, el gobierno de Panamá, creó una Comisión Presidencial para Asuntos del Canal, la cual tenía como misión asesorar al presidente de la República, en los pasos a seguir durante el proceso de transición.

Así se logró en dos períodos presidenciales y legislaturas diferentes, con dos administraciones políticas también diferentes, la transferencia definitiva a manos panameñas. Mediante el Acto Legislativo N° 1 del 27 de diciembre de 1993, se crea la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) con la responsabilidad de asumir la *administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del Canal* y, además, de la función coordinadora con otras instituciones estatales en la protección, uso y conservación de los recursos hídricos de la cuenca del Canal de Panamá.

El Canal de Panamá es nervio motor de nuestro desarrollo nacional, así lo entendemos los panameños y en razón de ello, mediante un consenso nacional, se establece el marco institucional de la Autoridad del Canal de Panamá, lo cual permitió precisar un modelo de gestión especial para la vía interoceánica.

Dentro de este marco referencial, aun para los más críticos, hemos de convenir que los aportes de la ACP, impulsan áreas estratégicas del desarrollo nacional y que en el aspecto económico, en menos de diez años, tales beneficios superan ampliamente lo percibido por el país durante toda la vigencia del modelo administrativo norteamericano.

Durante los tres primeros años, la ACP entregó al Estado panameño \$ 652.5 millones de dólares y para este año se prevé un aporte para el Estado a través del Tesoro Nacional de \$ 879.1 millones de dólares lo que representa el 46.8 % de todo lo aportado a Panamá, durante 85 años de administración estadounidense<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Consúltese, Martes Financiero del 11/3/03, publicado en diario La Prensa, pág. 20.

Podemos decir, en síntesis, que la complejidad de la operación del Canal de Panamá, alcanza unos 450 millones de dólares y unos 100 millones anualmente son destinados para su mantenimiento y se prevé su modernización en trabajos con un costo de más de mil millones de dólares.

Como parte de esta visión de país, los panameños incorporamos a la Constitución vigente el Título XIV, el cual precisa que el Canal es un patrimonio inalienable de la Nación, por lo cual no puede ser vendido, ni cedido, ni hipotecado, ni de ningún otro modo, gravado o enajenado. El Canal debe permanecer abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todas las naciones.

La Autoridad del Canal de Panamá, por disposición constitucional, es una persona jurídica de derecho público a quien le corresponde privativamente la administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del canal <sup>10</sup>.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá (ley N° 9 de 11 de julio de 1997) establece que la Autoridad del Canal de Panamá tiene como atribución, la organización, funcionamiento y modernización del Canal, a fin de que, a nivel empresarial, preste un servicio eficiente y rentable para el desarrollo humano y socioeconómico del país.

La Autoridad del Canal está facultada asimismo, para *contratar obras, suministro de bienes, prestación de servicios, con o sin intermediario*, en forma directa, localmente o en el extranjero, con el fin de garantizar la mejor calidad, los precios más favorables, eficiencia y competitividad <sup>11</sup>.

Observamos congruencia entre el texto constitucional y la Ley Orgánica, que para el propósito que nos ocupa, podemos colegir que se trata de una institución con plena capacidad jurídica para celebrar distintas clases de contratos, entre ellos, *la sumisión a arbitrajes de derecho privado*. Estos convenios no habrán de colisionar con el régimen de los tratados, los acuerdos conexos, ni el Tratado de Neutralidad.

Intimamente vinculado con el recurso canalero tenemos también, el abanderamiento de buques, en el que ocupamos el segundo lugar en la

---

<sup>10</sup> Ver arts. 309, 310 de la C.N..

<sup>11</sup> Véase el art. 52 de la Ley Orgánica.

marina mercante, a nivel mundial, modernos puertos ubicados tanto en el Atlántico como en el Pacífico, altamente competitivos con los países del primer mundo; libertad de formas societarias, amplias facilidades para el establecimiento de operadores mercantiles, la presencia de un centro financiero internacional, y la agilidad de formas de contratación, han hecho de nuestro país un *epicentro del comercio internacional*.

Panamá, desde siempre ha sido un país globalizado y hoy, es el primero en América, seguido por Chile, según la prestigiosa Revista de Estados Unidos Foreign Policy. «*Ello significa que el país está abierto al comercio, al libre ingreso y salida de capitales (de acuerdo a los controles legales) a la alta tecnología y a las relaciones internacionales. Y estos son, justamente, junto a la seguridad jurídica, los elementos que más atraen a la inversión extranjera*»<sup>12</sup>.

Los sucesivos acontecimientos en la ordenación del mercado mundial demandan el adecuamiento de las estructuras normativas internas de nuestros países, para resolver con efectividad, los conflictos que emergen de la propia dinámica de las relaciones comerciales domésticas e internacionales. El arbitraje, la conciliación y la mediación son los métodos alternativos eficaces para esta nueva realidad del universo en que vivimos.

## **II. La nueva legislación arbitral de Panamá**

Hay que aceptar, con realismo, que nos faltan recursos económicos, que el Estado se achica, y que la justicia y el acceso a ella se ven sensiblemente afectados por el exceso de formalismos, la morosidad crónica (43.000 casos en 1994), la falta de especialidad y modelos constitucionales cuestionados en la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Todo ello nos llevó, más temprano que tarde, a la implantación de los métodos alternos de resolución de conflictos, mediante el decreto ley N° 5 de 8 de julio de 1999, a través del cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación, guía-

---

<sup>12</sup> Ver El Panamá América, domingo 16/3/03, C 3.

dos por principios de la autonomía de la voluntad, equidad, celeridad, neutralidad, privacidad, especialidad, economía y eficacia.

La nueva legislación arbitral de Panamá, contrasta con los vetustos códigos decimonónicos que regulaban la institución arbitral, siguiendo los lineamientos de la legislación napoleónica que se orienta en las fuentes del derecho romano. Esa concepción del arbitraje no tuvo mayor aplicación práctica dado que la cláusula arbitral y el convenio arbitral, no tenían eficacia directa. Para organizar los arbitrajes, la mayoría de las veces, cuando una de las partes se oponía había que acudir al juez ordinario para integrar el Tribunal Arbitral, con lo cual la decisión que emitiese el juez de primera instancia, podía ser recurrida ante el Tribunal Superior y esta última, recurrible en casación ante la Corte Suprema de Justicia. El arbitraje así concebido, era un arbitraje dependiente del Estado, porque había que desarrollar un juicio para poder organizar otro.

En un histórico precedente, sobre un arbitraje pactado entre el Estado panameño y una empresa venezolana (VANDAM), organizar ese arbitraje demoró 18 años. Y como si no fuera suficiente, los laudos o sentencias arbitrales, según lo regulaba el Código Judicial de 1987 establecía en el art. 1441 que contra los laudos arbitrales, ya fueran en derecho o equidad cabía el recurso de casación en la forma. El desacierto técnico no podía ser mayor para una modalidad arbitral que no estaba sujeta a formas.

Ese conjunto de normas que aparecían en el Código de 1987, tenía sus antecedentes en el Código Judicial de 1917 y esto a su vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Esos textos, como era obvio, también desconocían el arbitraje internacional, el arbitraje institucionalizado y en cuanto a la forma de los convenios arbitrales, exigían algunos textos, que se pactara por escrito mediante escritura pública.

La novísima legislación arbitral panameña de 1999 superó con creces esos anacronismos legislativos, siguiendo las pautas establecidas en la ley modelo de UNCITRAL y los convenios de Panamá de 1975 y de Nueva York de 1958, referentes al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El primero fue ratificado por Panamá el 31 de enero de 1975 mediante la ley 11 y el segundo en 1986, mediante la ley 6 de 1986.

Con este horizonte legislativo, Panamá alcanza, precisa y delinea *el arbitraje como una institución* de solución de conflictos mediante la cual tanto personas naturales como jurídicas con capacidad jurídica para obligarse someten las controversias surgidas o que puedan surgir con

otra persona, al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante un laudo o sentencia arbitral con eficacia de cosa juzgada <sup>13</sup>.

Esta legislación también puntualizó con claridad meridiana y de forma taxativa, qué materias no son susceptibles de arbitraje, situando entre ellas las que no sean de libre disposición de las partes, es decir, las no negociables, ni transigibles. Asimismo, puntualiza que no pueden someterse a arbitraje cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial que haga tránsito a cosa juzgada, entendiéndose por tales, aquellas que han sido ya resueltas mediante laudos o decisiones judiciales y, agregaríamos, todas aquellas que hayan sido objeto de un acuerdo de mediación o conciliación conforme se infiere de los arts. 49 y 56, numeral 2 del decreto ley N° 5.

El arbitraje, para el decreto ley, es único, pero reconoce varias modalidades de arbitraje, el de derecho y el de equidad, el institucionalizado y el *ad-hoc*, manteniendo un concepto único del arbitraje. Precisamos celosamente que en el arbitraje de derecho, nacional o internacional, sólo pueden actuar válidamente como árbitros, los abogados.

En la nueva legislación arbitral, también se establecieron los requisitos que deben cumplir las instituciones arbitrales para obtener la personería jurídica, a través del Ministerio de Gobierno y Justicia, a fin de constituirse como centros de mediación o cortes de arbitraje, tal como lo ha alcanzado el Instituto Internacional de Negociación, Mediación y Arbitraje, que me honro en presidir.

Para un país como el nuestro, conforme lo hemos precisado, resultaba imperativo hacer la distinción entre arbitraje doméstico y arbitraje internacional, razón por la cual en el art. 5° del aludido decreto ley, se indicó que el arbitraje es considerado como arbitraje comercial internacional cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal. Así, por ejemplo, un arbitraje será considerado extranjero o no nacional, aun cuando se dicte el fallo dentro del territorio nacional, si las partes en el convenio arbitral tenían al momento de la celebración de dicho convenio, sus establecimientos u oficinas en Estados diferentes o si el lugar del

---

<sup>13</sup> Ver art. 1° del decreto ley N° 5.

arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral, está situado fuera del país donde las partes tienen sus centros de negocios y si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y está relacionada con más de un Estado o consista en prestaciones de servicios, que produzcan efectos transfronterizos.

Y en lo relativo al convenio arbitral, genéricamente hablando, en los arts. 7º, 8º, 9º, 10 y 11, se precisa su concepto, los elementos que lo caracterizan, su naturaleza jurídica, su autonomía frente al contrato principal, contenido, forma, objeto, modalidades, capacidad y *efectos*, a cuyo análisis nos referiremos más adelante.

La ley también ofrece un procedimiento dinámico, asegurándose plenamente los derechos de la defensa de las partes, dentro del proceso, al cual han accedido haciendo palanca en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, fortaleciendo los poderes y autoridad de los árbitros, en la fijación de su competencia, el impulso de oficio del proceso, la inmediación y la aplicación del derecho de fondo, garantizándose así un derecho vivo y dinámico que se hace realidad en la autosuficiencia del arbitraje, dado que el árbitro o los árbitros son auténticos creadores de derecho cuando han de zanjar la controversia y así lo requiera la justicia material.

La clase de arbitraje, su procedimiento, el número de árbitros, el lugar y el idioma, estarán determinados -en primera instancia- por lo convenido por las partes y -en segundo lugar- serán los árbitros quienes determinen el procedimiento y su desarrollo <sup>14</sup>.

Finalmente, el laudo arbitral sella y pone fin a la controversia que ha sido sometida al o los árbitros, quienes habrán de hacerlo en un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la aceptación de su designación, cuando se trate de un arbitraje con un solo árbitro o del último que acepte el cargo.

Los laudos constarán por escrito y serán firmados por el tribunal arbitral, y si no hay unanimidad en la decisión se estará a lo que disponga la mayoría o bien, si todos discrepan, se estará a lo que decida el árbitro dirimente. El laudo tendrá como mínimo la identificación de las partes, de

---

<sup>14</sup> Ver art. 18 del decreto ley N° 5.



los árbitros y de la controversia; también el reconocimiento y alcance de la competencia del tribunal arbitral.

Notificado el laudo a las partes, en la forma que lo hayan convenido o por medio del reglamento aplicable, se les remitirá a las partes copia del laudo mediante correo certificado o cualquier otro medio tecnológico de comunicación escrita, que ofrezca certeza de su contenido <sup>15</sup>.

En los laudos podrán incorporarse acuerdos transaccionales parciales o totales, así como emitir el laudo conforme se ha convenido en un acuerdo de conciliación; esto es, elevar a laudo arbitral, *un acuerdo de conciliación*. Ello es una novedad en la legislación panameña, ya que la conciliación puede tener elementos de extranjería y, por ende, ser considerada no nacional igual que el laudo que ha sido generado por ellas. Somos del criterio que el acuerdo de mediación, conforme a nuestra legislación también puede ser elevado a laudo. Y en ambos supuestos ampararse para su reconocimiento y ejecución en los convenios de Nueva York y Panamá. En estos supuestos habría que preguntarse cuál es la cualificación requerida para el conciliador o mediadores, ¿con arreglo a qué derecho resolvemos este supuesto? Consideramos que conforme al derecho de aquel país donde se solicita su reconocimiento y ejecución.

El laudo notificado a las partes es susceptible de corrección por los árbitros, y de anulación, ante la Corte Suprema de Justicia, si se atienden los términos establecidos en los arts. 32 y 33 del decreto ley. La impugnación procede conforme a los supuestos tasados establecidos en el art. 34, que son congruentes con los establecidos en el art. V de la Convención de Nueva York, v.gr. cuando el convenio arbitral aparece viciado por alguna de las causas de nulidad establecidas en el Código Civil, que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento o la emisión de laudo no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes; que el laudo se refiera a una controversia no contenida en el convenio arbitral, o contenga decisiones que excedan el ámbito de su competencia o bien que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje <sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ver arts. 29 y 30 del decreto ley N° 5.

<sup>16</sup> Ver art. 34 del decreto ley N° 5 y el art. 5° de la Convención de Panamá y de Nueva York.

### **III. Efectos del Convenio Arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá**

La Autoridad del Canal de Panamá, es una persona jurídica de derecho público creada por disposición constitucional, y mediante la ley N° 19 del 11 de junio de 1997, se desarrolla el texto constitucional.

De acuerdo con el art. 4° de la aludida Ley Orgánica «a la Autoridad del Canal de Panamá, le corresponde privativamente la operación, administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento, mejoramiento y modernización del Canal, así como sus actividades y servicios conexos».

La Autoridad del Canal es una institución con autonomía financiera y administrativa con patrimonio propio y derecho de administrarlo.

En lo relativo a la protección y vigilancia de las instalaciones del Canal, se le atribuye a la Autoridad una responsabilidad primaria, igualmente en lo referente a una navegación libre, segura y sin interferencias.

La Autoridad del Canal a través de su Junta Directiva establece los reglamentos y fija los peajes que han de cobrarse por el uso del canal <sup>17</sup>.

A la Autoridad del Canal se le ha dotado de los instrumentos jurídicos necesarios que garantizan la eficiencia, la transparencia pública en la administración, operación, mantenimiento, conservación y protección del Canal.

Estas tareas, podemos afirmar sin temor a equívocos, han sido cumplidas efectivamente, como lo esperábamos los panameños y la comunidad internacional.

La reforma del Estado panameño es una realidad en el marco de la globalización, al mismo tiempo que se ejecutaba el Tratado Torrijos-Carter, mediante el cual llegamos como país soberano a asumir la administración del Canal, como empresa pública con transparencia, solidaridad y responsabilidad.

Para los fines de esta intervención hemos de precisar que en el marco de las atribuciones que le han sido conferidas a la Autoridad del Canal, en el art. 52 se establece que «esta institución podrá contratar o adquirir obras, suministro de bienes, prestaciones de servicios y proveeduría

---

<sup>17</sup> Ver arts. 4° al 18 de la Ley Orgánica.

en general, con o sin intermediario, en forma directa, localmente o en el extranjero, con el fin de garantizar la mejor calidad, los precios más favorables, eficiencia y competitividad».

El artículo citado centra la facultad negocial de la Autoridad del Canal, ya se trate de contratos o subcontratos civiles o mercantiles, dentro de los cuales *podemos incluir convenios arbitrales*, ya sea que aparezcan insertos como cláusulas arbitrales dentro de un contrato principal, o bien como acuerdos independientes sobre controversias ya surgidas o que puedan surgir entre las partes, o bien, mediante una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, seguida de una adhesión posterior de la otra u otras partes.

La facultad jurídica de la Autoridad del Canal de Panamá, de pactar acuerdos o convenios arbitrales tiene apoyatura constitucional en el art. 195, numeral 3 de nuestra Carta Magna que al respecto preceptúa: «Son funciones del Consejo de Gabinete: 1... 2 ... 3 Acordar la celebración de contratos, la negociación de empréstitos y la enajenación de bienes nacionales, muebles e inmuebles según lo determine la ley».

Obsérvese que los convenios arbitrales nacen de la voluntad contractual de las partes, cuando se insertan dentro de un contrato llamado principal o bien, en un documento autónomo. Esta es la base contractual del arbitraje. La Constitución conforme lo estatuye el Art. 195, numeral 3, autoriza al Estado a celebrar contratos, genéricamente hablando, con lo cual quedan incluidos los convenios arbitrales, los cuales habrán de cumplir los requisitos generales establecidos para la contratación pública.

También la Constitución previó en el mismo art. 195, en el numeral 4, otro supuesto que hay que observar cuando el convenio arbitral no se pactó de forma preventiva, esto es, para el evento de que pudiese surgir en el futuro una controversia entre las partes contratantes. Si faltó esta previsión, en presencia del conflicto ahora puede pactarse el arbitraje; sin embargo, en este supuesto la Constitución establece requisitos que han de ser atendidos para que el acuerdo arbitral sea considerado válido. Para estos efectos, la norma preceptúa que son funciones del Consejo de Gabinete: 1... 2 ... 3 ... 4 «Acordar con el presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual *es necesario el concepto favorable* del procurador general de la Nación» (el destacado es nuestro).

Obsérvese que la norma alude en primer lugar a la transacción, y en segundo lugar al arbitraje que se pacta para resolver asuntos

litigiosos. Para ambos casos exige que no sólo lo apruebe el Consejo de Gabinete, sino que además, éste debe contar con el concepto favorable del procurador.

Siguiendo esta orientación y desarrollo constitucional el decreto ley N° 5, al que ya nos hemos referido preceptúa en el art. 7°, en su segundo párrafo que: «Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las Entidades Autónomas, semiatónomas, incluso la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo».

Y, en el tercer y cuarto párrafos el art. 7° agrega: «Igualmente, podrán acudir a arbitraje internacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o convención internacional».

«El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del procurador general de la Nación».

Además, observo que el legislador, para mayor precisión, tuvo el cuidado de puntualizar en ese mismo art. 7°, en su penúltimo párrafo que «en los casos en que no se haya pactado el Convenio Arbitral en los contratos suscritos por el Estado y surja el litigio (es decir pleito en tribunal) se requerirá, para someter a arbitraje, la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del procurador general de la Nación».

Ni el texto constitucional en su art. 195, numerales 3 y 4, ni el propio art. 7° del decreto ley N° 5 ofrecen contradicción alguna. Se distinguen con mucha claridad los momentos en que el arbitraje se pacta y los requisitos que han de cumplirse para que produzcan los *efectos sustantivos y procesales*.

#### *A. Efectos sustantivos del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá:*

Si entendemos como efectos el fin para el cual se hace una cosa, tendríamos que colegir que el efecto sustantivo del convenio arbitral consiste en hacer y pasar por lo pactado. Esto es, someter la controversia a decisión de árbitros.

Conceptualmente ello es así, si definimos el convenio arbitral como aquella convención en virtud de la cual las partes, en previsión de futuras

diferencias que puedan surgir en torno de una relación jurídica singular, se comprometen previamente, bien en un contrato principal, bien en una estipulación accesoria, a instituirlo en su día el arbitraje.

Todo convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá, cualquiera sea la modalidad que se adopte, obliga a cumplir lo en ella estipulado; al mismo tiempo que habrá de delimitarse su objeto y comprometer materia disponible, entendiéndose por materia disponible, todas aquellas que aparecen contenidas en su Ley Orgánica en el art. 52, con lo cual quedan excluidas sólo por vía de ejemplo, los peajes, lo relativo a seguridad y protección del canal, materias derivadas de la relación estatutaria funcional, materias consideradas de orden público y las materias excluidas por razones jurídico-procesales.

Si seguimos el hilo conductor de las ideas, a la luz de los preceptos constitucionales arriba citados, lo atinente a la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, lo preceptuado en el decreto ley N° 5, en su art. 7° y en la Convención de Nueva York de 1958, en su art. II.1 y la Convención de Panamá de 1975, en su art. I, se concluye sin mayores dudas que el convenio arbitral que pueda pactar la ACP con cualquier otra persona jurídica, no sufriría mayores obstáculos para su cumplimiento. Si no nos conformamos con navegar en aguas aparentes, al respecto, soy de la opinión que de acuerdo con lo establecido en el Tratado de Neutralidad Permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá ello puede no resultar así, dado que en el art. VI de dicho tratado se dispone: «En reconocimiento de las importantes contribuciones de la República de Panamá y de los Estados Unidos de América a la construcción, funcionamiento, protección y defensa del Canal, *las naves de guerra y las naves auxiliares* de estas naciones, no obstante otras disposiciones de este tratado, tendrán el derecho de transitar el canal, independientemente de su funcionamiento interno, medio de propulsión, origen, destino, armamento o carga. *Dichas naves de guerra y naves auxiliares* tendrán el derecho de transitar el canal de modo *expedito*» (el destacado es nuestro).

Conforme con la norma citada, por vía de ejemplo, si la ACP hubiese pactado un contrato para la reparación de una de las compuertas de las esclusas y en éste se hubiese insertado una cláusula arbitral, a fin de resolver cualquier controversia que pudiese surgir con motivo de la ejecución de dicho contrato, y se llegase a generar un retraso en la entrega del trabajo, ocasionado por sucesivos tránsitos expeditos de *naves de guerra de los Estados Unidos*, en cumplimiento del art. VI del Tratado de Neutralidad,

y como consecuencia de ello, la empresa contratista no recibe los pagos según el calendario previsto y es demandada por sus proveedores. ¿Hay en este supuesto lugar al arbitraje? ¿Puede válidamente ser demandada al pago de daños y perjuicios la Autoridad del Canal?

Sobre este particular, el Lic. Fernando Manfredo, primer subadministrador del Canal opina que: «*La existencia del Tratado de Neutralidad se ha trastocado en un instrumento para la preservación de la conquista histórica de los panameños, no más en su amenaza*»<sup>18</sup>.

Por otro lado, el negociador de los tratados Lic. Oydén Ortega Durán opina: «*Nada que atente contra los principios de no intervención, libre determinación de los pueblos y solución pacífica de las controversias debe ser aceptada por los panameños. Estos principios son la única garantía de convivencia internacional armónica. El único instrumento siempre al alcance, para la defensa de nuestra soberanía e independencia nacional. Como hemos dejado sentado, el derecho internacional prohíbe la intervención de un país en los asuntos internos de otro*»<sup>19</sup>.

También otro destacado ex negociador de los tratados, el Dr. Carlos Alfredo López Guevara expresa que: «*estamos acordando un Tratado de Neutralidad Permanente que nos coloca bajo el paraguas defensivo del Pentágono. Este pacto podrá, si no es administrado juiciosamente, convertirse en un instrumento de permanente intervención*»<sup>20</sup>.

Como panameño he de convenir, en defensa de nuestra soberanía, que no existe derecho de intervención de los Estados Unidos de América en el *territorio patrio* en base al Tratado de Neutralidad. Puedo convenir entonces, que puede hacerse valer un arbitraje pactado, conforme al supuesto planteado.

De acuerdo con los tratados que en materia arbitral ha ratificado Panamá, y la legislación interna vigente, toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, que pacte una cláusula o convenio arbitral, queda obligada a someter el litigio a un tribunal arbitral, por lo que se

---

<sup>18</sup> Ver La Estrella de Panamá, viernes 29/10/99 C5.

<sup>19</sup> Ver La Estrella de Panamá, viernes 29/10/99, C4.

<sup>20</sup> Ver La Estrella de Panamá, viernes 29/10/99, C7.

sustraen de la jurisdicción ordinaria, y cuando el convenio lo pacte la autoridad del Canal de Panamá, se generan los mismos efectos que para otros entes jurídicos.

El art. 11 del decreto ley N° 5, hace imperativo cumplir lo pactado y formalizar la constitución del tribunal arbitral, mediante el nombramiento de los árbitros y la participación de éstas en el desarrollo de todo el procedimiento arbitral, hasta concluir con la sentencia o laudo arbitral.

Sobre este particular, la doctrina en términos generales es coincidente, dado que el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo pactado y el ordenamiento jurídico da a la situación, que voluntariamente se creó, una categoría equivalente a la ley, así también lo regulan nuestros códigos civiles cuando expresan que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de éstos. Al arbitraje le son aplicables los principios de la autonomía de la voluntad, la reciprocidad de los contratos, por lo que éstos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes (ver arts. 1106, 1107 C.C. de Panamá, concordantes con los art. 1255 y 1256 C.C. español).

La pregunta que cabe formularse, es si la Autoridad del Canal de Panamá, en virtud de lo establecido en el art. IV del Tratado de Neutralidad, puede dejar unilateralmente sin efecto un convenio arbitral, es decir, renunciar a él. Soy del criterio que ello no es posible. La única excepción a este supuesto es que lo hagan las partes *de común acuerdo* y siempre y cuando no contraríen el interés o el orden público. La jurisprudencia española ha establecido que la renuncia de derechos ha de ser precisa, clara y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones equívocas o de actos de dudosa significación (Ss. del T.S. de 26 de septiembre de 1983, 10 de octubre de 1984 y 3 de marzo de 1986).

Hemos de observar que de darse la renuncia al arbitraje, en virtud del principio de *lex inter partes*, corresponderá al Tribunal Arbitral y no a otro tribunal determinar su competencia para entrar a conocer de la causa que se le pone de presente; y determinar en primer lugar, la validez del convenio arbitral y así proseguir con el procedimiento arbitral. En otras palabras, una vez que se genere una controversia en cuya prevención se ha pactado un convenio arbitral, el único facultado para determinar su validez es el Tribunal Arbitral.

En síntesis, el efecto sustantivo obliga, según el art. 11 en su primer párrafo, a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del Tribunal

Arbitral, colaborando de buena fe con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

*B. Efectos procesales del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá*

Habiendo precisado los dos efectos sustantivos o positivos del convenio arbitral, de los arbitrajes que pueda pactar la ACP conforme a nuestro ordenamiento jurídico interno y de los tratados, nos proponemos ahora abordar lo pertinente a los efectos procesales o negativos.

Nuestra legislación vigente, precisó con claridad meridiana los efectos del convenio arbitral y así lo han confirmado reiteradamente nuestra jurisprudencia (al respecto véase el Auto N° 431 de 12 de febrero de 1999 del juez séptimo del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil).

Los grandes escollos de nuestras vetustas legislaciones arbitrales, copiadas de la legislación napoleónica, se centraban fundamentalmente en no reconocerle con claridad el efecto procesal a los convenios arbitrales. Así, había quienes recurrían en demanda ordinaria, aun cuando en el contrato objeto de la controversia tuviese inserta una cláusula arbitral, en la búsqueda o espera de que al recibir el traslado de dicha demanda, no se invocase la excepción de incompetencia. En este supuesto, el derogado Código Judicial de 1917, preceptuaba que había una renuncia tácita al arbitraje y si se invocaba la excepción, podía recurrirse e interponerse apelaciones con lo cual se torpedeaban los arbitrajes (ver art. 1767 del Código Judicial de 1917).

Desligar al máximo la jurisdicción ordinaria del arbitraje, se hacía imperativo, una vez que ratificamos los tratados de Naciones Unidas de 1958, conocido como Convenio de Nueva York de 1958 y de la OEA, conocido como Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial. Ello se alcanza con la novísima legislación arbitral de 1999 que en su art. 11, párrafo segundo y tercero, preceptúa: «El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral». Y el párrafo tercero agrega: «Los jueces y tribunales que conocieren de cualquier pretensión relacionada con un arbitraje pactado, *se inhibirán del conocimiento de la causa, rechazando*



*de plano la demanda, reenviando de inmediato a las partes a arbitraje*, en la forma que ha sido convenida por ellas y de conformidad con lo previsto en el presente decreto ley» (el destacado es nuestro).

Otras legislaciones también han introducido cambios similares a los nuestros. En Ecuador por ejemplo, la ley de arbitraje en su art. 7° dispone que «el convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida impide someter el caso a la justicia ordinaria». En Venezuela, de forma más precisa se manifiesta que «el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria» (art. 5°, final).

Por su lado, la Convención de Nueva York, también consagra el efecto procesal en el art. II. 3.

«El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

La legislación panameña, haciendo palanca en el principio de la autonomía de la voluntad, de forma un tanto radical, no abrió espacio alguno para que se diese cabida a renunciaciones tácitas del convenio arbitral, si una parte demanda y la otra no invoca la excepción de incompetencia, en momento procesal oportuno. Hizo igualmente imperativo para los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, la obligatoriedad de inhibirse del conocimiento de controversias si existiese un convenio arbitral (ver el art. 11 en su último párrafo). Nuestra normativa amplía, como puede observarse, el radio de acción de la materia arbitrable y los efectos procesales a los convenios arbitrales, dentro de los cuales queda incluida la Autoridad del Canal de Panamá.

Cuando estudiamos los efectos del convenio arbitral, aceptamos como premisa básica para la Autoridad del Canal de Panamá, que vivimos en una sociedad globalizada en la que nuestro pasado, nuestra concepción del presente y la proyección del futuro como Nación, guarda íntima relación con la capacidad de asimilar la verdad de la existencia de patologías que sufre el Estado, en la capacidad de administrar justicia, y la necesaria implantación de los métodos alternos de solución de conflictos.

La justicia debe ofrecer a la sociedad la solución final y ecuaníme de sus controversias, cuyos operadores han de actuar con independencia, con eficiencia y sobre todo con honestidad e imparcialidad, tanto del árbitro

como de los jueces, cuya interrelación demanda que los sistemas privados de administración de justicia estén debidamente articulados con los tribunales ordinarios, ampliando así el espacio a la justicia, porque la justicia y el acceso a ella no sólo es atribución exclusiva del órgano judicial.

La Nación panameña busca consolidar una auténtica relación horizontal en la ejecución de los tratados, al mismo tiempo que hemos de convenir como ideal bolivariano, que la justicia es la reina de las virtudes para una convivencia pacífica y solidaria, en y con, nuestros hermanos países de América Latina.

# EL GOBIERNO DE GABINETE Y EL NEOPRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

por DIEGO VALADÉS \*

**SUMARIO:** I. Consideraciones preliminares: un aspecto del derecho constitucional común latinoamericano. II. Presidencialismo racionalizado. III. Designación. IV. Composición. V. Funciones. VI. Coordinación. VII. Concurrencia al Congreso. VIII. Confianza, interpelación y censura. IX. Consideraciones generales sobre el presidencialismo. X. Consideraciones finales.

## **I. Consideraciones preliminares: un aspecto del derecho constitucional común latinoamericano**

Muchas de las notas distintivas de un derecho constitucional común latinoamericano han sido identificadas con precisión por Peter Häberle <sup>1</sup>. Entre los elementos que caracterizan al Estado constitucional figura la democracia y, en la expresión del profesor Häberle, la idea de la «democracia cultural» está asimismo presente en la construcción del sistema constitucional. En el contexto de la cultura constitucional latinoamericana-

---

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en México, pronunciado el 2 de septiembre de 2003, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

<sup>1</sup> En una brillante conferencia dictada el 26 de febrero de 2003 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. «México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*». Vid. Peter HÄBERLE y Marcus KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: para un diálogo europeo-americano*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003.

na, el sistema presidencial ocupa un lugar central. Por eso en el «taller del Estado constitucional», para utilizar otra expresión häberliana, se han desarrollado numerosos ajustes que tienden a matizar las notas autoritarias del presidencialismo latinoamericano.

Los cambios democráticos se han registrado principalmente en tres direcciones: reforma institucional, derechos humanos y sistemas electorales. La primera incluye nuevas formas de organización y funcionamiento de los órganos gubernamentales, judiciales y representativos del Estado. En el ámbito de los derechos humanos se inscriben diversas experiencias, nacionales y continentales, que comprenden cuestiones como protección de minorías y acceso a la justicia. Finalmente, las mayores exigencias sociales, derivadas de largos periodos de padecer el ejercicio arbitrario del poder, se referían a la vigencia y garantía de los derechos fundamentales y a disponer de instituciones electorales eficaces e imparciales.

El tema abordado ahora se desarrolla al hilo de las reflexiones sustentadas por Peter Häberle, en particular a partir de la premisa de que «*la democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad humana*»<sup>2</sup>. En este caso, un aspecto medular del derecho común americano corresponde a la superación del militarismo endémico y del autoritarismo de partido, y a la construcción de una democracia institucional conforme a la cual se procura renovar al sistema presidencial. Esta renovación consiste, esencialmente, en atenuar la concentración extrema de facultades que ha identificado tradicionalmente al sistema presidencial.

La cuestión es de gran amplitud. En este caso sólo se tratará lo concerniente a la organización y funcionamiento del gabinete presidencial<sup>3</sup>, en tanto que representa uno de los elementos que permiten valorar el nivel de concentración del poder presidencial. A lo largo de la historia política lati-

---

<sup>2</sup> Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pág. 193 y ss..

<sup>3</sup> No serán examinados aspectos que forman parte de estudios muy tradicionales en la materia, como el refrendo de los actos presidenciales por los ministros. Tampoco será abordado el tema de la responsabilidad de los miembros del gabinete, porque en términos generales concierne a una cuestión de naturaleza penal. En cambio, será visto lo que atañe a la responsabilidad política, a través de la obligación de comparecer ante el Congreso, y de los casos donde existen la posibilidad de interpelar a los ministros, el voto de confianza y la moción de censura.

noamericana, a partir de la independencia que la mayor parte de los estados alcanzaron en las primeras décadas del siglo XIX, el problema político de mayor magnitud fue el representado por el alto grado de concentración del poder presidencial. Este poder asoció en numerosos casos la investidura política y la jerarquía militar. Las consecuencias de esa concentración del poder fueron muy nocivas para las libertades individuales y públicas, por lo que implicaron un considerable déficit democrático en la zona.

Aunque la paulatina desconcentración del poder presidencial tiene varias causas, también está relacionada con los acontecimientos que han cambiado las relaciones políticas en el mundo. Desde antes de la caída del muro de Berlín, las políticas de distensión<sup>4</sup> tuvieron efecto en cuanto a reducir las acciones de desestabilización política en Latinoamérica. La URSS disminuyó su apoyo a los movimientos subversivos en el área y, por ende, para el gobierno de Estados Unidos dejó de ser funcional auspiciar golpes militares. 1989 es un año emblemático para la democracia constitucional porque representa la culminación de un proceso que se había iniciado años atrás y que ya había dejado sentir sus efectos en América Latina. Es significativo que de los dieciocho países con sistemas constitucionales democráticos en ese hemisferio, seis adoptaron nuevas constituciones y ocho les imprimieron profundos cambios a partir de 1988. En los otros cuatro países las constituciones de Costa Rica (1949) y Uruguay (1967) presentan una clara orientación democrática desde su origen y la de México (1917) ha venido experimentando cambios paulatinos<sup>5</sup>, particularmente en cuanto a derechos humanos y al sistema electoral, aunque en materia de reforma institucional sólo registra avances en el orden judicial, pero no en el gobierno ni en el Congreso. La única Constitución que mantiene un claro rezago es la de República Dominicana (1966).

---

<sup>4</sup> Esencialmente identificadas como *perestroika* y *glasnost*, durante el gobierno de Mijail Gorbachov, en la antigua URSS, a partir de 1985.

<sup>5</sup> La política exterior de México, particularmente sus relaciones con el régimen de Cuba, le permitieron un espacio de maniobra más amplio que a los restantes países del área. Gracias a esto, a partir de 1977 fue posible introducir reformas electorales que legalizaron la participación del Partido Comunista, lo que permitió mantener la estabilidad del sistema político y preceder, en este sentido, a la mayor parte de los países latinoamericanos.

Desde una perspectiva jurídica, las formas de concentración del poder permiten identificar en la actualidad tres modelos de sistema presidencial en América Latina: el tradicional, el transicional<sup>6</sup> y el democrático. El *tradicional* corresponde al ejercicio autoritario del poder, altamente concentrado en la persona que ocupa la titularidad de la presidencia, con relación al cual los controles políticos y jurisdiccionales no representan una garantía eficaz para los derechos fundamentales; el *transicional* corresponde a una etapa de desarrollo en la que existen controles jurisdiccionales eficaces, pero donde los controles políticos no han alcanzado un pleno desarrollo; en el *democrático* están presentes los controles políticos y jurisdiccionales.

El eje que sirve para identificar jurídicamente el tipo de sistema presidencial está referido a la vigencia y a la eficacia de los instrumentos de control. El control jurisdiccional, ejercido por los tribunales, y el control político, que tiene naturaleza interactiva entre el gobierno y el Congreso<sup>7</sup>, son los referentes más claros. Para determinar, conforme a bases jurídicas, qué tan concentrado está el poder presidencial, he considerado la organización y el funcionamiento del gabinete. En lo que hace a la organización se registran dos elementos: que exista la figura constitucional del gabinete, con facultades específicas y en algunos casos incluso con un coordinador, y que haya controles políticos en cuanto a su funcionamiento. En lo referente a las funciones, sólo se anotan las que corresponden al gabinete en su conjunto; no se incluyen las que, constitucionalmente, debe realizar cada ministerio individualmente. Tampoco se alude a la intervención de los ministros en la declaratoria de estados de excepción, porque tradicionalmente han participado en esos casos. En algunos sistemas, como el colombiano (art. 212), lo hacen incluso en la declaración de guerra. Sin embargo, esta función de los ministros más que significar un mecanismo de desconcentración del poder presi-

---

<sup>6</sup> El adjetivo de transición todavía no ha sido aceptado académicamente en español, pero lo utilizo para denotar lo perteneciente o relativo a la transición.

<sup>7</sup> Véase Diego VALADÉS, *El control del poder*, México, UNAM-Porrúa, 2000, pág. 437 y ss.. La percepción errónea de que los congresos controlan a los gobiernos ha dado lugar a que incluso se hable de «control parlamentario». Considero preferible hablar de «control político», porque en un Estado constitucional todos los órganos del poder deben estar sujetos a control.

dencial, ha servido para proteger a la figura presidencial de los efectos políticos que representa el establecimiento de un estado de excepción.

En cuanto a la formación del gabinete se debe tener en cuenta, asimismo, la posición que ocupa el Ministerio Público. En la medida en que el ejercicio de la acción penal se mantenga como un instrumento de gobierno se mantiene la concentración autoritaria del poder<sup>8</sup>. En la mayor parte de los estados latinoamericanos se ha producido la autonomización del Ministerio Público; los casos donde se registra la mayor concentración del poder en cuanto a la dependencia del Ministerio Público con relación al gobierno se presentan en México, donde el presidente designa al titular, con la ratificación del Senado, y en la República Dominicana, donde ni siquiera interviene el Congreso. Hay una menor rigidez en Nicaragua, donde el presidente propone una terna, y en Panamá y Uruguay, donde interviene el consejo de ministros.

## II. Presidencialismo racionalizado

La estructura unipersonal del Poder Ejecutivo, tal como fue concebido por la Constitución de Filadelfia (art. 2), tuvo una amplia repercusión en América Latina<sup>9</sup>. Sin embargo, hay un factor muy importante que suele ser subestimado: a diferencia del norteamericano, el sistema presidencial latinoamericano es de naturaleza plebiscitaria. Esta característica no deriva de la Constitución de Estados Unidos, que mantiene inalterado desde 1789 un procedimiento de elección indirecta, sino de la Constitución francesa de 1848 (art. 46), cuyo sistema de elección popular del presidente fue resultado de la fuerte presión ejercida en ese sentido por Luis Napoleón

---

<sup>8</sup> Sobre este punto véase, Héctor FIX-ZAMUDIO *Función constitucional del Ministerio Público*, México, UNAM, 2002, pág. 190 y ss..

<sup>9</sup> En la actualidad la fórmula estadounidense todavía figura en las constituciones de Argentina (art. 87), Chile (art. 24), Ecuador (art. 164), Honduras (art. 235), México (art. 80), Nicaragua (art. 144), Paraguay (art. 226), Perú (art. 110) y República Dominicana (art. 49), mientras que las de Bolivia (art. 85), Brasil (art. 76), Colombia (art. 115), Costa Rica (art. 130), El Salvador (art. 150), Guatemala (art. 182), Panamá (arts. 170 y 189), Uruguay (art. 149) y Venezuela (art. 225) señalan que el ejercicio del Poder Ejecutivo se realiza por el presidente juntamente con los ministros.

Bonaparte <sup>10</sup>. El presidencialismo plebiscitario es una creación bonapartista que se acomodó muy bien a las aspiraciones autoritarias en América Latina, y que encontró una justificación constitucional en el principio de separación de poderes, que permitía la intangibilidad de los titulares del gobierno.

Ocho constituciones latinoamericanas han abandonado la posición original del ejercicio del Poder Ejecutivo por parte de una sola persona, dando lugar a que se vayan configurando formas más efectivas de control con relación a los actos de gobierno. De la misma forma que el poder absoluto de los monarcas comenzó a declinar al separarse las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno, con lo que surgieron el sistema parlamentario y las monarquías constitucionales, el poder altamente centralizado de los presidentes tiende a disminuir a partir de una paulatina desconcentración de las tareas de gobierno.

La racionalización de los sistemas presidenciales se está consiguiendo por la vía de la desconcentración del poder <sup>11</sup>. Los sistemas electorales son el medio para legitimar el origen del poder; y el efecto de multiplicar las organizaciones políticas y de hacer competitivos los procesos electorales se ha dejado sentir en la forma de integrar los órganos de representación. Los sistemas presidenciales no pueden mantener una posición rígida, monolítica incluso, ante congresos cuya composición plural exige la presencia de gobiernos más permeables. La racionalidad del sistema representativo, abierto, dinámico y plural, puede entrar en colisión con la de un sistema presidencial hermético, estático y concentrado. Ante el dilema que plantea la tensión de ambas formas de ejercer el poder, puede predecirse una respuesta autoritaria, que invalide la reforma electoral, o

---

<sup>10</sup> Bonaparte alegraría, en 1851, que «sólo había salido de la legalidad para entrar en el derecho, con el apoyo de siete millones de votos». Confr. François SAINT-BONNET, «Technique juridique du cuop d'État», en Frédéric BLUCHE, *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, París, PUF, 2000, pág. 123.

<sup>11</sup> Durante la grave conmoción que vivió México entre 1910 y 1917, desde el inicio de la Revolución y hasta la adopción de la Constitución todavía vigente, el diputado Querido Moheno expresó «queremos quitar ministros para no tener que derrocar presidentes». Expresaba así, de dura manera, que las tensiones políticas debían tener una válvula de compensación. Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, México, diciembre 6, 1912, y febrero 19, 1913. La predicción del representante se cumplió trágicamente, porque el presidente Francisco I. Madero fue derrocado y asesinado.



una nueva forma de organizar el poder, que amplíe los efectos democráticos del sistema electoral, trasladándolos al conjunto de las instituciones.

### III. Designación

El procedimiento de designación de los integrantes del gabinete presidencial no suele ser objeto de un amplio desarrollo en las constituciones latinoamericanas. En términos generales, dieciséis constituciones establecen la facultad presidencial de nombrar y remover con libertad a los integrantes de su gabinete, excepto en Perú y en Uruguay. La Constitución peruana (art. 122) señala que el presidente nombra y remueve al presidente del Consejo de Ministros, pero es éste quien propone la designación de los demás ministros. En el caso uruguayo el presidente adjudica los ministerios «entre ciudadanos que, por contar con apoyo parlamentario, aseguren su permanencia en el cargo» (art. 174) y, en caso contrario, el presidente puede remover a los ministros cuando entiende que carecen de respaldo parlamentario (art. 175).

La discrecionalidad de los presidentes para la designación de sus colaboradores inmediatos contrasta, como veremos más adelante, con algunas disposiciones que admiten las votaciones de confianza o las mociones de censura. En este punto, con las dos excepciones señaladas correspondientes a Perú y Uruguay, se ha preferido mantener incólume la tradición latinoamericana, condicionada por una concepción patrimonialista del poder.

Las notas comunes del constitucionalismo latinoamericano, relacionadas con el sistema de gobierno consisten en la adopción generalizada del sistema presidencial. Sólo en el caso de Uruguay se han presentado variantes significativas, a las que se hace referencia en el apartado 6. Por lo demás, las pugnas territoriales internacionales, la disputa por el poder que a menudo se traducía en guerras civiles, la amenaza expansionista de Estados Unidos<sup>12</sup>, la difícil relación entre el Estado y la

---

<sup>12</sup> Debe tenerse presente la Doctrina Monroe: «América para los americanos», enunciada en 1823.

Iglesia Católica, generaron a lo largo del siglo XIX una marcada tendencia a la militarización del poder político.

En el siglo XX aparecieron nuevos factores: las luchas sociales, que desembocaron en la adopción de normas y de políticas prestacionales; las presiones internacionales del nazifascismo y del comunismo soviético; la pobreza extrema y la concentración de la renta; y la represión de la inconformidad social y el disenso político, entre otros, que dieron lugar al caudillismo y a gobiernos populistas, por definición autoritarios, de perfil militar o civil. Muchos de estos gobiernos resultaron de golpes militares y otros, utilizaron el fraude electoral como hipotético instrumento de legitimación; pero todos tuvieron como denominador común la alta concentración del poder. En particular, las normas y las políticas sociales, que en muchos casos abrieron un amplio cauce a la corrupción, dieron lugar al surgimiento de estilos patriarcales que fortalecieron el ejercicio autoritario del poder político. Entre mayor era la capacidad de dispensar favores, de atender demandas sociales, de prestar asistencia a personas y grupos necesitados, de resolver diferendos colectivos, de formular y ejecutar programas de reivindicación social, mayor era también la concentración de facultades en manos de los presidentes. Por su parte, las amenazas procedentes del extranjero, también eran utilizadas para reforzar las tesis favorables a la existencia de gobierno fuerte.

Uno de los efectos más negativos de ese fenómeno consistió en la restricción de las libertades individuales y públicas. La afectación de los derechos fundamentales se hizo también un dato común en Latinoamérica y, en especial, llegó a ser normal restringir el derecho a la información, corromper a los medios, asfixiar o reprimir a las universidades y perseguir o cooptar a los intelectuales. En suma, para mantener las condiciones de dominio incontestado, se tuvo que controlar lo más posible el aparato de información y de cultura.

Esa situación se reflejó en la composición de los gabinetes presidenciales latinoamericanos, que con el transcurso del tiempo dieron cabida esencialmente a tres grandes grupos. Estos fueron el de técnicos, que resultaban políticamente neutros y que permitían ofrecer respuestas satisfactorias en cuestiones como servicios públicos, finanzas sanas, razonable interlocución con gobiernos y agencias extranjeros, por ejemplo. El grupo de clientes, con lo que se abrió el gabinete a quienes mostraban mayor capacidad para la obediencia y se premiaba a quienes mayores servicios (en ocasiones incluso los fraudulentos) hubieran prestado al presidente para

acceder al poder. Y, en tercer término, el grupo de prestigio, mediante el cual era posible incorporar al gabinete a algunas personas cuya presencia atenuara la imagen de la tecnocracia y los rigores del clientelismo, y permitiera estructurar un discurso políticamente aceptable.

Dependiendo de las condiciones culturales de cada país, esos tres grupos se fueron ensamblando de una manera diferente, gracias a la discrecionalidad de los presidentes para hacer las designaciones. La política como reparto de influencia fue estudiada extensamente por Laswell<sup>13</sup>. En este caso no existen reglas jurídicas, rigen sólo las de orden cultural. Sin embargo, en la medida en que los sistemas electorales propician la distribución del poder entre los electores y se configuran formas de representación política más o menos cercanas a la realidad social, los sistemas constitucionales tienen que ir adoptando los instrumentos que, sin trasladar directamente al gobierno un esquema análogo del reparto del poder, por lo menos permiten atenuar los contrastes entre las decisiones ciudadanas y las prácticas gubernamentales.

Así, aun cuando se mantiene la discrecionalidad de los presidentes en la designación y remoción de los integrantes de sus gabinetes, se han ido estructurando otros mecanismos que, veremos en este estudio, reducen de alguna manera la brecha entre gobernantes y gobernados. La cultura ciudadana de participación, que es el eje de la democracia constitucional, va moldeando una nueva forma de ejercer, más racionalmente, la función presidencial.

Otro aspecto directamente relacionado con la discrecionalidad presidencial en América Latina para designar y remover a los colaboradores directos de los presidentes, es el concerniente al Ministerio Público. En este aspecto es muy sintomático cómo, al mismo tiempo que se han venido produciendo los demás cambios relacionados con el gabinete, también se ha producido la autonomía del Ministerio Público. Este proceso está directamente relacionado con la cultura de los derechos humanos que ha permeado en la región, y con la desaparición de los regímenes militares.

El Ministerio Público tiende a dejar de ser un instrumento de gobierno frecuentemente utilizado como mecanismo de coacción política. Ac-

---

<sup>13</sup> Vide Harold LASWELL, *Politics: who gets what, when and how*, Nueva York, McGraw Hill, 1936.

tualmente es autónomo en la mayor parte de los países latinoamericanos (Argentina, art. 120; Bolivia, art. 124 y ss.; Brasil, art. 127 y ss.; Chile, art. 80 A; Costa Rica, por disposición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1982; Colombia, art. 249 y ss.; Ecuador, art. 217; El Salvador, art. 191; Guatemala, art. 251; Honduras, art. 228; Paraguay, art. 266; Perú, art. 158; Venezuela, arts. 273 y 284); sólo depende del presidente en México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay. Sin embargo, el efecto personal de la designación se atenúa en algunos sistemas: en Nicaragua (art. 150.14) el presidente propone una terna a la Asamblea, en Panamá (arts. 155, 200 y 221) la propuesta la hace el Consejo de Gabinete, y en Uruguay la designación es propuesta (art. 249) por el Consejo de Ministros. Los esquemas más arcaicos subsisten sólo en México y República Dominicana.

#### IV. Composición

En cuanto a la organización del gabinete, la mayor parte de las constituciones disponen que se trata de una cuestión legal. Nueve de ellas, sin embargo, aluden a su composición<sup>14</sup>. Se trata de una cuestión relevante, porque las constituciones que no regulan este tema asignan la responsabilidad del gobierno a una sola persona: el presidente, lo que denota la persistencia de formas arcaicas de concentración del poder.

La tendencia no personalista de la presidencia del gobierno la inició Uruguay. En este sentido debe tenerse presente que cuando se construyó el sistema presidencial en Estados Unidos, se tuvo en cuenta la figura del mo-

---

<sup>14</sup> Bolivia (art. 85: el Poder Ejecutivo lo ejercen el presidente y los ministros), Brasil (art. 76: el Poder Ejecutivo lo ejercen el presidente y los ministros), Colombia (art. 115: el gobierno está formado por el presidente, los ministros y los directores de los departamentos administrativos), Costa Rica (art. 130: el Poder Ejecutivo lo ejercen el presidente y los ministros), El Salvador (art. 150: el gobierno está integrado por el presidente, el vicepresidente, los ministros y los viceministros), Guatemala (art. 182: el presidente debe actuar con los ministros), Panamá (arts. 170 y 189: el gobierno está formado por el presidente y los ministros), Uruguay (art. 149: el presidente debe actuar con el Consejo de Ministros o con los ministros), y Venezuela (art. 225: el gobierno se ejerce por el presidente, el vicepresidente y los ministros).

marca británico; la idea de vincular la figura del presidente con el ejercicio personal del poder correspondía a la necesidad de dotar al Estado constitucional de un eje funcional. La misma razón fue aducida o intuida durante el proceso de emancipación de los países latinoamericanos. La tesis de un poder eficiente precedió, en estos casos, a la doctrina de un poder democrático.

Paulatinamente, la integración plural de los gabinetes está dejando de ser una característica exclusiva de los sistemas parlamentarios<sup>15</sup>. La necesidad de establecer instituciones que permitan la armonización de los intereses es común a todos los sistemas constitucionales democráticos y es justamente la dirección en la que avanzan los sistemas presidenciales latinoamericanos.

## V. Funciones

Pese a que sólo nueve constituciones atribuyen las funciones de gobierno conjuntamente al presidente y a los ministros, son trece las que aluden a las funciones del gabinete. Esta aparente contradicción resulta de interés. La de Brasil es una de las nueve constituciones conforme a las cuales el presidente ejerce el gobierno con los ministros; sin embargo, es la única de esas nueve que no precisa las funciones del gabinete, dejándolo a las disposiciones legales. Por el contrario, el gobierno recae en una sola persona en Argentina (art. 87), Honduras (art. 235), Nicaragua (art. 144), Paraguay (art. 226) y Perú (art. 110), pero esas constituciones, no obstante que han conservado la tradición unipersonal estado-unidense, asignan facultades de gobierno al gabinete. Aunque en algunos casos subsista la fórmula constitucional de Estados Unidos, en realidad son catorce los países cuyas normas supremas desconcentran el poder presidencial. Sólo en los casos de Chile, Ecuador, México y República

---

<sup>15</sup> Sobre este aspecto puede verse, entre otros, Jorge LANZARO, «Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina», en Jorge LANZARO (compilador) *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2001, pág. 15 y ss.

Dominicana la concentración del poder sigue regulada constitucionalmente conforme al modelo presidencial original.

En cuanto a las funciones sustantivas de los gabinetes se encuentran las siguientes: participar en los proyectos de ley que se envían al Congreso (Argentina, Paraguay, Perú, Uruguay); participar en la celebración de tratados (Uruguay); participar en la elaboración de los presupuestos (Argentina, El Salvador, Uruguay); participar en la elaboración de los programas de desarrollo (Guatemala, Honduras, Venezuela); intervenir en la concertación de empréstitos (Panamá, Venezuela); refrendar decretos presidenciales (Argentina); ejercer la facultad reglamentaria (Venezuela); intervenir en nombramientos (Costa Rica, Panamá, Uruguay); intervenir en la remoción de funcionarios (Uruguay); ejercer el derecho de gracia (Costa Rica); convocar al Congreso (El Salvador, Uruguay, Venezuela); celebrar contratos administrativos (Panamá, Venezuela); fijar aranceles (Panamá); definir y coordinar las tareas de gobierno (Paraguay, Uruguay); solicitar informes a funcionarios (Panamá); deliberar sobre asuntos de interés público (Perú); actuar como órgano de consulta presidencial (Nicaragua); ejercer el mando de las fuerzas armadas (Uruguay); ejercer el veto (Uruguay); conceder privilegios industriales (Uruguay); autorizar la creación de bancos (Uruguay).

Esa amplia gama de funciones asignadas constitucionalmente a los gabinetes denota que, paulatinamente, se van superando las inercias del presidencialismo tradicional y que el gabinete va dejando de ser sólo una instancia de administración para convertirse en un espacio donde se discuten y adoptan las definiciones políticas de gobierno. Varias de las normas supremas dejan abierta la posibilidad para que los gabinetes establezcan sus propios reglamentos de trabajo, para que la legislación ordinaria amplíe sus atribuciones y para que los presidentes les sometan otros asuntos, además de los que han sido mencionados. Estas cláusulas de desarrollo democrático permiten que se ensanche el ámbito competencial del gabinete. Esta es una materia en la que difícilmente pueden suscitarse controversias constitucionales, supuesto que no se reducen las atribuciones presidenciales; sólo se racionaliza su ejercicio. Por lo demás, por esta vía los congresos tampoco aumentan sus propias atribuciones, porque únicamente se procura atenuar la concentración y el ejercicio discrecional de facultades presidenciales.

Desde luego puede argumentarse que, en tanto que los presidentes disponen de la facultad de remoción de los ministros, los acuerdos de

gabinete pueden no ser más que una formalidad. Sobre este punto llama la atención que la Constitución uruguaya disponga (arts. 161, 164, 165) que las decisiones del Consejo de Ministros se adoptan por mayoría y que en caso de empate el presidente tiene doble voto. Además, las resoluciones del gabinete y las del presidente mismo son revocables por la mayoría absoluta del Consejo. Ahora bien, si esta norma es una excepción en el constitucionalismo latinoamericano, subsiste la duda acerca de la eficacia de las normas competenciales de los gabinetes.

Las discusiones de gabinete tienen diversos efectos, independientes de las decisiones adoptadas. En primer lugar, sirven para generar niveles homogéneos de información entre los ministros. De esta forma se disuelven algunos nudos de poder que resultan precisamente del desempeño aislado de las funciones que cada ministro desempeña. Las reservas de información por parte de los ministros y de los presidentes forman parte del hermetismo que alimenta el ejercicio autoritario del poder. En segundo término, las deliberaciones abiertas ponen a prueba la capacidad personal de los ministros. Así sus posibilidades de decisión autónoma sean muy restringidas, por lo menos debe mostrarse un mínimo de atributos para formar parte de un gobierno. El aislamiento en el que se opera cuando no existe un gabinete permite que la presencia de ministros incompetentes o corruptos pase inadvertida incluso dentro del propio gobierno. Finalmente, el gabinete obliga a explicitar las políticas públicas y a coordinar las decisiones entre los integrantes del gabinete. Si bien el deber de obediencia es un vínculo con el presidente, no existe en cuanto a las relaciones horizontales entre los ministros, de suerte que todos los ajustes que se hagan en las políticas gubernamentales se discuten con amplios márgenes de libertad y obligan a que, en última instancia, el presidente arbitre entre sus propios colaboradores.

La operatividad de las normas constitucionales en cuanto a las facultades de los gabinetes no depende únicamente de la receptividad de los presidentes ni de la autonomía de los ministros; depende también del entorno político y cultural en el que se actúe. Bagehot expresó que «*los gobiernos de gabinete educan a la nación*»<sup>16</sup> pero también puede

---

<sup>16</sup> Op. cit., pág. 16.

decirse que en la medida en que una sociedad está políticamente mejor educada, también obliga a una mejor selección de sus gobernantes. La calidad de un sistema autoritario depende del comportamiento de sus dirigentes; la calidad de un sistema democrático depende de la conducta de los gobernados. Mientras mayores sean los niveles de información y los incentivos que se tengan para participar en las decisiones políticas, más propicias serán las circunstancias para que los sistemas constitucionales alcancen la plenitud de sus potenciales resultados. Las tesis conservadoras que descalifican prematuramente los cambios normativos porque no se traducen en la transformación subitánea de la realidad, desconocen la relación entre la norma y la cultura.

## **VI. Coordinación**

Este es uno de los problemas eje de la existencia de los gabinetes en los sistemas presidenciales. Al respecto vale tener en cuenta que la distinción entre jefe de gobierno y jefe de Estado que se produce en los sistemas parlamentarios, no ocurre en los sistemas presidenciales. Este es, quizá, uno de los rasgos que más significativamente diferencian a esos sistemas. Empero, la tendencia que se va registrando en los sistemas presidenciales es en el sentido de que, sin tenerse que llegar a la dicotomía de ambas jefaturas, sí es posible que los presidentes, jefes de Estado y de gobierno, cuenten con auxiliares para el desempeño de sus numerosas tareas administrativas. La función constitucional de gobernar comporta una amplia gama de actividades: definir cuestiones de naturaleza política, tales como las relaciones con otros órganos del poder, con otros niveles de gobierno y con los partidos políticos; encabezar el aparato de seguridad que incluye a las fuerzas armadas y a un amplio aparato de policía; anticipar y dirimir conflictos; adoptar políticas públicas y determinar prioridades para la asignación de recursos financieros a los diferentes programas; negociar y ordenar los procesos legislativos; conducir las relaciones internacionales. Además, la función protocolaria de la jefatura del Estado impone cargas de trabajo que obligan a utilizar otra parte del tiempo disponible.

A su vez, la administración del gobierno presenta numerosas demandas: organizar la actividad de la función pública; supervisar el cumplimiento de instrucciones; atender trámites y procedimientos;



verificar la idoneidad de los servicios públicos; evaluar los resultados de las acciones emprendidas; identificar, designar y controlar a los servidores públicos, entre otras muchas labores de orden estrictamente administrativo que se llevan a cabo cotidianamente. Cuando, en adición a las responsabilidades constitucionales que supone la doble investidura, los presidentes asumen el mando inmediato del aparato administrativo, por falta de previsiones institucionales para organizar su trabajo, afloran diversas patologías del poder. Las áreas de menor nivel de atención quedan en manos de un círculo que, sin tener atribuciones constitucionales, realiza en la práctica actos que resultan del poder constitucional de los presidentes.

De los muchos males que afectan a los sistemas presidenciales tradicionales o arcaicos, los más conspicuos son los que llevan a la reaparición del viejo género de los válidos o favoritos, que permitieron alargar un poco la vida de las monarquías absolutas. La asunción de facultades más allá de lo que sensatamente se puede resolver, sólo admite dos tipos de soluciones: las de facto y las *de jure*. En cuanto a las primeras, sin que el poder se desconcentre institucionalmente, los presidentes actuales, como los monarcas pretéritos, transfieren un número indeterminado de atribuciones a colaboradores cercanos. En este caso el poder no se desconcentra, el presidente simplemente lo ejerce por interpósita persona. Se suman así dos graves problemas: que los presidentes tienden a acumular aún más atribuciones, porque cuentan con mecanismos paraconstitucionales de auxilio que les ofrecen un cierto alivio para sus cargas de trabajo, y que los encargados de realizar esas funciones lo hacen al margen del sistema electoral y de controles políticos. La delegación de atribuciones en manos de personal sustraído al control político del Congreso e incluso sin exposición a los medios es, en realidad, una forma de concentrar más el ejercicio del poder por parte de los presidentes. Ese poder subterráneo, o criptopoder, está viciando a los sistemas presidenciales que no se han transformado y amenaza con desarticular el precario sistema de relaciones entre gobierno y congreso.

El modelo contemporáneo de la transferencia de atribuciones a personas al margen del gabinete procede de Estados Unidos, donde el peso político de los auxiliares de la Casa Blanca es superior al de los secretarios. Corresponde a una lógica centrípeta del poder, que tiende a monopolizar al máximo las decisiones de gobierno, con la menor intervención posible de

los ministros y, por ende, reduce los espacios para la relación constructiva entre gobiernos y congresos. Estas decisiones perjudican la estructura del Estado constitucional porque lejos de racionalizar el ejercicio de las facultades presidenciales, deforman y exacerbaban su tendencia centralizadora.

Como se ha visto, diversos sistemas constitucionales latinoamericanos han adoptado la figura del gabinete; algunos, además, incluyen la presencia de un coordinador y otros dejan al presidente en libertad de designar a un coordinador, si lo considera necesario. Los sistemas que contemplan la figura del jefe de gabinete son los de Argentina, Perú y Venezuela; los que abren la posibilidad de que haya un funcionario que desempeñe esa función son los de Chile, Guatemala y Nicaragua <sup>17</sup>. El caso latinoamericano más antiguo donde se produce la presencia de un jefe de gabinete, es el de Perú <sup>18</sup>. Sin embargo, como García Belaúnde <sup>19</sup> sustenta, a pesar de que al presidente del Consejo de Ministros se le asigna la facultad de coordinar a sus colegas, su función es institucionalmente

---

<sup>17</sup> En Brasil el tema se discutió ampliamente con motivo del dictamen ofrecido por la Comisión Afonso Arinos, en 1985, que lo incluyó entre las reformas constitucionales propuestas. La discusión de este asunto ha estado relacionada con la posible adopción del sistema parlamentario, que no ha contado con apoyo popular. Confr. Bolívar LAMOUNIER, «Parlamentarismo o presidencialismo atenuado: el debate actual en Brasil», en Dieter NOHLEN y Mario FERNÁNDEZ, *Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1991, pág. 121 y ss..

<sup>18</sup> La Constitución de 1826 (arts. 85 y 88) estableció que el presidente designaba al vicepresidente, con la ratificación del Congreso, y el vicepresidente fungía como jefe del ministerio. Esa Constitución fue derogada en 1827, y el cargo de jefe de gabinete sólo reapareció treinta años después. Domingo GARCÍA BELAÚNDE (*Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima, EDDILI, 1989, pág. 151 y ss.) señala como fechas entre 1856 y 1862, correspondientes al periodo de gobierno del mariscal Ramón Castilla. El Consejo de Ministros existe en el constitucionalismo peruano desde 1856 (art. 93), y la figura del presidente del Consejo de Ministros aparece formalmente en la de 1933 (art. 157), aunque legalmente ya figuraba en la Ley de Ministros de 1862 (confr. Eloy ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA, «comentario» en *La reforma constitucional argentina*, Buenos Aires, AADC, 1994). En el anteproyecto de Constitución elaborado en 1931 por diversos juristas, ente quienes figuraba Víctor Andrés Belaúnde, se ofrece una sólida argumentación en contra de la concentración de facultades presidenciales y a favor del establecimiento de un presidente de gabinete (PAREJA Y PAZ SOLDÁN, op. cit., págs. 912-925).

<sup>19</sup> *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Grijley, 1994, pág. 27.

débil y depende en buena medida del impulso que le imprima su titular<sup>20</sup>. Conforme a la Constitución vigente, el presidente del Consejo de Ministros es designado por el presidente de la República; sus funciones (art. 123) son: ser el portavoz del gobierno, «después del presidente», coordinar las funciones de los demás ministros y refrendar decretos. Conforme al proyecto de Constitución formulado en 2002 por la Comisión de Constitución del Congreso de la República, se proponen cambios de gran calado en cuanto al presidente del Consejo de Ministros, entre los que destaca: que aplique la política general del gobierno, que tenga a su cargo las relaciones con el Congreso y con los gobiernos regionales, y que conduzca las políticas intersectoriales relacionadas con el plan nacional de desarrollo, la descentralización, la modernización del Estado, las políticas en materia del medio ambiente y las demás que el propio Consejo de Ministros decida. Independientemente de lo que se resuelva en esta materia, es evidente que existe la preocupación por fortalecer ese importante órgano del gobierno.

En el caso de Argentina, la construcción institucional del jefe del gabinete fue el resultado de una negociación entre los partidos Justicialista y Unión Cívica Radical, encabezados respectivamente por los entonces presidente Carlos Menem y ex presidente Raúl Alfonsín<sup>21</sup>. El Pacto de Olivos, en el que se plasmaron las bases para la reforma constitucional de 1994, contenía entre los elementos básicos para la reforma constitucional el establecimiento de la figura del jefe del gabinete de ministros. Sin embargo, como lo acredita el desempeño de ese funcionario a partir de que se verificó la reforma, su presencia ha sido intrascendente.

Formalmente (art. 100) el jefe del gabinete ejerce la administración general del país, expide reglamentos, efectúa los nombramientos de los empleados de la administración, prepara y convoca las reuniones del gabinete, y los preside en ausencia del presidente de la Nación, y conduce las relaciones con el Congreso. Se trata de un elenco de facultades muy con-

---

<sup>20</sup> En este sentido, el presidente Manuel Prado (1956-1962) invitó a la presidencia del Consejo al líder de la oposición, Pedro Beltrán. Confr. Rafael RONCAGLIOLO, «El primer ministro en Perú: ¿institución o retórica?», en Dieter NOHLEN y Mario FERNÁNDEZ, *Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1991, pág. 151.

<sup>21</sup> Vid. Raúl ALFONSÍN, *Democracia y consenso*, Buenos Aires, Corregidor, 1996.

siderable; pese a ello, su papel real se ha difuminado. Contribuyen a este fenómeno dos circunstancias dominantes a partir de la reforma constitucional: una, el ejercicio de la presidencia plebiscitaria al máximo de sus posibilidades, durante el periodo de Carlos Menem (1989-1999); segunda, la crisis económica que afectó la estabilidad del gobierno y desembocó en la renuncia del presidente Fernando de la Rúa (diciembre de 2001), en la presencia de tres presidentes provisionales en un solo mes (el mismo diciembre) y en la adopción de medidas de emergencia que desnaturalizaron el Estado de derecho<sup>22</sup>. Desde su origen, la figura del jefe del gabinete no contó con la simpatía de presidente Menem, y hubo que vencer considerables resistencias para su incorporación al marco constitucional<sup>23</sup>.

Aunque algunas expresiones grandilocuentes señalan que «el jefe de gabinete es al presidencialismo lo que el primer ministro es al sistema parlamentarista» y, con gran imprecisión identifican al jefe de gabinete como «un primer ministro atenuado»<sup>24</sup>, lo cierto es que el diseño de la reforma constitucional argentina se quedó a medio camino porque si bien el conjunto de atribuciones del jefe de gabinete es muy amplio, el gabinete en cambio no tiene adjudicadas sus propias competencias, con lo cual el jefe queda atrapado entre el presidente y los ministros, porque se carece de una base constitucional para el funcionamiento colectivo de los ministros. Se cometió el error de construir la jefatura de un ente, el gabinete, que a su vez no tiene existencia constitucional.

En cuanto a Venezuela, la Constitución resolvió el problema de la sustitución presidencial y de la coordinación del gabinete a través de un vicepresidente designado y removido libremente por el presidente (arts. 233, 238, 239 y 242). En el primer caso el presidente sólo es reemplazado

---

<sup>22</sup> Sobre este tema pueden verse los trabajos de Alberto DALLA VÍA, *Estudios sobre Constitución y economía*, México, UNAM, 2003; Antonio María HERNÁNDEZ, *Las emergencias económicas y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal, 2002; y Raúl Gustavo FERREYRA, *La Constitución vulnerable*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003. se trata de tres estudios sólidamente desarrollados que exponen, desde diferentes perspectivas, los estragos institucionales de la crisis económica argentina.

<sup>23</sup> Aparecen extensamente reseñadas en la obra de Alfonsín, citada.

<sup>24</sup> Roberto DROMI y Eduardo MENEM, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, págs. 352-353.

por el vicepresidente durante sus ausencias temporales o si la falta definitiva se produce en los últimos dos años del periodo presidencial; en lo que respecta a las funciones en el gabinete, el vicepresidente colabora en la dirección del gobierno, coordina la administración, preside el Consejo de Ministros en ausencia del presidente y conduce las relaciones con la Asamblea Nacional. Esta es una función novedosa de los vicepresidentes<sup>25</sup> que no sólo no cambia la naturaleza del sistema presidencial<sup>26</sup> sino que incluso acentúa el poder del presidente en tanto que lo faculta para designar un tipo de sucesor. Esta modalidad de presidente designado por el predecesor, para el caso de una sustitución temporal o definitiva, ha sido frecuente en el constitucionalismo latinoamericano y permite reducir la tentación golpista que muchas veces alentaron los vicepresidentes. En el caso venezolano son ostensibles las condiciones de centralización con que se ejerce el poder<sup>27</sup>; empero, durante la crisis política que vivió ese país en los meses finales de 2002 e iniciales de 2003, la presencia del vicepresidente cobró especial relevancia. Este es un buen ejemplo de cómo, sin que los presidentes pierdan sus facultades de gobernar, los congresos aumentan sus posibilidades de control, como veremos en el apartado correspondiente a las mociones de censura.

Por lo que respecta a Chile, la Constitución señala (art. 33) que el presidente puede indicar que uno de los ministros funja como coordinador del gabinete; en Guatemala (arts. 191 y 195) y en Nicaragua (art. 151) el vicepresidente de la República integra el gabinete y, en las ausencias del presidente, puede presidirlo. En estos tres casos la función coordinadora está muy diluida, pero se admite el principio de que, además del presidente, haya otro funcionario competente para organizar el trabajo colectivo de los ministros.

La presencia de un coordinador de gabinete no supone la de un jefe de gobierno, sino la de un delegado presidencial que permite alcanzar varios objetivos: adecuar la carga de trabajo presidencial, atenuar la concentración extrema de facultades, contar con un enlace funcional ante el

---

<sup>25</sup> Aunque debe recordarse el precedente de la Constitución peruana de 1826.

<sup>26</sup> Sobre este tema véase Allan, BREWER-CARÍAS, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, UNAM, 2002, pág. 280 y ss..

<sup>27</sup> Vid. Marcos KAPLAN, *Neocesarismo y constitucionalismo. El caso Chávez y Venezuela*, México, UNAM, 2001.

Congreso y dar al presidente una nueva tarea: la de mediador político. Esta última función no resulta viable cuando el propio presidente está sistemáticamente involucrado en la toma de decisiones políticas y administrativas, pero se convierte en un recurso conciliatorio de gran importancia en un sistema rígido, como el presidencial. Los problemas que se plantean a las sociedades democráticas con sistemas constitucionales presidenciales es que difícilmente pueden absorber las tensiones propias de los sistemas electorales altamente competitivos cuyos protagonistas, los partidos, tienden a generar permanentemente posiciones de colisión.

El impacto negativo que esa tensión sistemática proyecta sobre el orden constitucional hace que los defectos de su estructura afloren de una manera más ostensible. Es lo que sucede con la concentración de poderes presidenciales. En un sistema parlamentario, por ejemplo, se admite como natural que el jefe de gobierno también lo sea de un partido; en cambio, en un sistema presidencial esa dualidad ocasiona un desequilibrio cuya magnitud no encuentra compensación en los frágiles instrumentos de control político que se enfrentan al presidente.

La consolidación de una democracia constitucional en un sistema presidencial sugiere la conveniencia de revisar la forma en que opera el gobierno, e intentar, dentro de la propia racionalidad de ese sistema, los ajustes que resulten más adecuados para generar una nueva conducta de los agentes políticos y una nueva cultura constitucional. El establecimiento del gabinete y de un coordinador, donde no existe, y la utilización plena del instrumento donde ya está adoptado, puede ser un factor que coadyuve significativamente en el proceso de racionalización del ejercicio del poder presidencial, y que, al tiempo que permita reordenar el desempeño de las funciones presidenciales, le confiera al presidente una función mediadora de la que tradicionalmente han carecido los sistemas presidenciales.

## **VII. Concurrencia al Congreso**

A diferencia del sistema presidencial norteamericano, en todas las constituciones latinoamericanas existe la posibilidad de que los congresos convoquen a los ministros. Este derecho de los congresos existe en varias de las primeras constituciones del hemisferio, con lo que se adoptó un medio de control político establecido por primera vez en Francia. A su

vez, la facultad de los ministros de participar en las deliberaciones de los congresos, también de origen francés, está presente en numerosos textos constitucionales latinoamericanos desde el siglo XIX<sup>28</sup>.

En la actualidad, los ministros pueden participar en los debates congresales en Argentina (arts. 100.9 y 106), Brasil (art. 50), Chile (art. 37), Colombia (art. 208), Costa Rica (art. 145), Ecuador (art. 179.4), Guatemala (art. 168), Perú (art. 129), República Dominicana (art. 38) y Venezuela (art. 245). En el caso de Bolivia los ministros pueden asistir a los debates, pero sin participar en ellos. En todos los demás países, los congresos pueden convocar a los ministros cuando lo estimen oportuno, pero éstos no tienen el derecho de intervenir de *motu proprio*. En Chile, adicionalmente, los ministros pueden rectificar los conceptos vertidos por los legisladores cuando fundamentan su voto y en Guatemala, incluso los grupos parlamentarios pueden hacer asistir a los ministros.

Por otra parte, en Argentina y en Perú los jefes del gabinete deben asistir regularmente a las sesiones del Congreso. En el primer caso, el jefe de gabinete debe comparecer mensualmente, de manera alternativa, ante las cámaras de diputados y senadores; en Perú el presidente del consejo de ministros o por lo menos uno de los ministros debe concurrir periódicamente a las sesiones de control del Congreso.

Como puede apreciarse, los sistemas presidenciales latinoamericanos que se mantienen en la tradición de que los ministros sólo asistan ante al Congreso cuando sean expresamente requeridos, están disminuyendo en número. La presencia de ministros en los congresos no afecta la estructura del sistema presidencial, mientras que sí contribuye a mejorar la calidad de los integrantes del gabinete, que no pueden refugiarse en el mutismo y que deben contar con capacidad argumental para hacer frente a los planteamientos de los legisladores. Es evidente que para estar en condiciones de debatir en una asamblea representativa, los ministros deben contar con amplia infor-

---

<sup>28</sup> Constitución de 1791 (III, III, IV, 9): los ministros podían asistir y tomar parte en los debates de la Asamblea, o ser convocados por ella; este principio también figura en las constituciones de Ecuador de 1835 (art. 70), de Perú de 1836 (arts. 89 y 92), de México de 1843 (art. 98), de Argentina de 1853 (arts. 60 y 89), de Nicaragua de 1858 (art. 51) y de Colombia de 1886 (art. 134).

mación de las políticas gubernamentales, lo que esencialmente se consigue cuando el gabinete funciona de manera periódica y sistemática.

Otra ventaja que resulta de esta interacción entre los gobiernos y los congresos, es el fortalecimiento del sistema representativo. Mucho antes de que los medios electrónicos de comunicación surgieran, ya Bagehot<sup>29</sup> había advertido, desde el siglo XIX, el riesgo de que el Parlamento británico y el Congreso norteamericano se vieran desplazados por la prensa si no recuperaban la centralidad del debate político.

La centralidad política de los congresos no afecta la importancia de los medios; simplemente hace que el interés de los medios se traslade del gobierno al Congreso. Este es un paso importante para contrarrestar el dominio mediático de los presidentes, que también fortalece su posición como eje del poder. En el diseño de los nuevos modelos constitucionales debe tenerse presente que la atracción mediática también es un factor que contribuye a la concentración del poder. De ahí que la organización de un gabinete, la presencia de un coordinador y la relación frecuente y sistemática con el Congreso tengan una significativa influencia en la racionalización del poder presidencial.

### **VIII. Confianza, interpelación y censura.**

Los instrumentos tradicionalmente identificados como exclusivos de los sistemas parlamentarios son el voto de confianza, la interpelación y la moción de censura. En la actualidad, la mayoría de las constituciones latinoamericanas han recibido esas instituciones, procedentes del constitucionalismo europeo. Se ha gestado, así, un nuevo modelo que fusiona características de los sistemas parlamentario y presidencial. Aun cuando es común hablar del modelo francés, aludiendo al generado a partir de la Constitución de 1958, lo cierto es que en el constitucionalismo de América Latina se han venido produciendo cambios paulatinos que demuestran hasta qué punto es posible la adaptación de instituciones procedentes de diversos sistemas, sin que se tenga que recurrir a un esquema en particular. La riqueza institucional que es posible identificar en

---

<sup>29</sup> Op. cit., pág. 18.



este subcontinente excede lo que podría alcanzarse con la sola incorporación del texto de la Quinta República Francesa. Ninguna de las construcciones constitucionales latinoamericanas ha alcanzado una difusión tal que la convierta en paradigma; pero el conjunto de las constituciones ofrece un panorama indicativo de la intensa búsqueda y de la imaginación aplicadas a encontrar nuevas soluciones para los problemas que presenta la consolidación democrática.

Ninguno de los países involucrados en ese proceso ha decidido dar el paso semántico de cambiar el nombre de su sistema. Ninguno, incluso, se ha despegado de la configuración presidencial del sistema constitucional. Sin embargo, un gran número de estados ha impreso una nueva configuración al presidencialismo. Se han dejado de lado las deliberaciones concernientes a la denominación y, con un eminente sentido pragmático, se ha procedido a buscar la aclimatación de instituciones parlamentarias europeas en el contexto de una tradición presidencial dura, centralizadora y autoritaria. Debe subrayarse que este proceso se ha dado a pesar de un tiempo histórico en el que, por diversas razones de orden político, militar, comercial y cultural, la presencia de Estados Unidos tiene un alto perfil en todo el continente.

No obstante eso, la fuente para identificar instituciones aptas para transformar al presidencialismo de ser un instrumento de dominación política en un elemento para la consolidación democrática, se ha buscado en el constitucionalismo europeo. El derecho constitucional común latinoamericano se ha orientado en una doble dirección: ampliar los derechos fundamentales, con los correspondientes medios de garantía, y consolidar la democracia. En ambos casos es sintomático que, a diferencia del periodo formativo de los estados independientes de Latinoamérica, hoy la recreación institucional está más relacionada con las elaboraciones constitucionales europeas que con el desarrollo de las instituciones estadounidenses; esto, a pesar de los vínculos de dependencia económica.

La explicación para ese fenómeno se encuentra en la vocación cultural latinoamericana. En cada país, de manera autónoma, se han ido adoptando instituciones que fortalecen la vida del Estado constitucional y que hoy configuran un modelo latinoamericano con características propias. En las últimas décadas se han venido ensamblando piezas de diversos orígenes, pero que han tenido como efecto la configuración de un nuevo tipo de orden constitucional que se caracteriza por su receptividad y su flexibilidad. Es perceptible que ciertas tendencias tienen presencia regional; en este caso se advierte que América del Sur y América Central presentan

algunas características comunes, mientras que, en términos generales, el Caribe y México permanecen aislados frente a las experiencias del resto de Latinoamérica. En el caso del Caribe es explicable, porque ahí existe una multiplicidad de influencias, que entre otras cosas mantienen en una condición *sui géneris* a Puerto Rico, y por las tensiones que resultan de la presencia de un sistema no democrático en Cuba y de otro en el que no ha sido posible la asimilación al constitucionalismo contemporáneo, en Haití. En el caso de México, todo indica que existen las bases suficientes para sustentar un cambio, en la dirección de los demás países del hemisferio, que fue diferido sólo por razones de reacomodo de las fuerzas políticas.

La forma clara de advertir esa nueva corriente está en las instituciones concernientes a la confianza y la censura. La cuestión de confianza, la interpelación y la moción de censura tienen ya una presencia bien establecida en las normas constitucionales latinoamericanas. Hay posibilidades del voto de confianza en Perú (art. 130) y en Uruguay (arts. 174 y 175); hay posibilidad de dirigir interpelaciones a los ministros en Costa Rica (art. 121.24), El Salvador (art. 131.34 y 165), Guatemala (arts. 166 y 199), Honduras (arts. 205.22 y 251), Nicaragua (arts. 138.4 y 151), Paraguay (art. 193), Perú (arts. 131 y 132), República Dominicana (art. 37.22) y Venezuela (art. 225). Además, la censura procede en Argentina (art. 101), Costa Rica, Ecuador (art. 130.9), El Salvador, Guatemala, Panamá (art. 155.7), Paraguay (art. 194), Perú, Uruguay (arts. 147 y 148) y Venezuela (arts. 240 y 246). En suma, trece de dieciocho constituciones incluyen ya una o varias formas de control que durante mucho tiempo fueron consideradas típicamente parlamentarias. Sólo en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia y México no ha sido incorporado ninguno de esos institutos.

En el caso de Brasil (art. 50) no se habla de censura, pero se ha generado una sugerente institución de remoción cuando los ministros se rehusan a presentarse al ser requeridos por el Congreso, cuando rinden informes falsos o cuando no informan dentro de un plazo de treinta días a partir de ser requeridos. Con esto la Constitución brasileña ha convertido en norma jurídica, al incluir una sanción, a lo que sólo era una facultad y una obligación formal del Congreso y de los ministros. Aunque lo que se plantea es un caso de responsabilidad, la enunciación corresponde a una sanción de naturaleza política. Su funcionalidad no ha quedado demostrada, pero el hecho relevante es el de su vigencia.

En Ecuador la censura no implica la remoción del ministro, cuya permanencia en el gabinete es discrecional del presidente. Se ha buscado

conciliar la potestad del Congreso en cuanto a valorar el desempeño de un ministro, con la prerrogativa presidencial de nombrarlo y removerlo. Aun cuando el acuerdo congresual no sea jurídicamente vinculante para el presidente, el efecto político de opinión es evidente. Algo semejante sucede en El Salvador, donde la Asamblea tiene facultades para recomendar al presidente la destitución de un ministro, sin que se requiera para este efecto de una mayoría especial; también puede interpelar a los ministros aunque en este caso, si no asisten a dar la respuesta debida, quedan automáticamente removidos de su cargo.

Guatemala presenta otra modalidad. La moción puede ser presentada por cuatro diputados, pero debe ser aprobada por la mayoría absoluta del total de diputados. Si el presidente considera que hay motivos para justificar al ministro, éste puede solicitar al Congreso la reconsideración del voto. Después de oído el ministro, y de un nuevo debate, la moción surte efectos si es aprobada por las dos terceras partes del total de diputados. Otra limitación consiste en que en ningún caso pueden ser objeto de una moción más de cuatro ministros a la vez.

En cuanto a Argentina, la Constitución dispone (art. 101) que el jefe de gabinete puede ser removido por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara. En la propuesta original del partido radical<sup>30</sup> se contemplaba un mecanismo de censura constructiva, a semejanza del sistema alemán<sup>31</sup>.

Muchos de los problemas que conciernen a la eficacia de los instrumentos de control se advierten en el caso peruano<sup>32</sup>, que ejemplifica lo que en buena medida ocurre en algunos otros sistemas constitucionales: no hay debate parlamentario sobre la investidura de los ministros, la moción de censura es infrecuente, y la información que ofrecen los ministerios suele ser extemporánea o incompleta. Sin embargo, estos problemas

---

<sup>30</sup> ALFONSÍN, op. cit., págs. 312 y 471.

<sup>31</sup> El art. 67 de la Ley Fundamental ha sido retomado también por las constituciones de Bélgica (arts. 46 y 96), España (art. 113)

<sup>32</sup> Confr. Rolando AMES *et al.*, *Situación de la democracia en el Perú (2000-2001)*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pág. 178 y ss., y 222 y ss.. Ver también Alberto BOREA, *La difícil democracia de América Latina*, San José, Costa Rica, Fundación Konrad Adenauer, 1994, pág. 132 y ss..

resultan de una larga tradición de ejercicio autoritario del poder y deben ser contemplados como parte de los desafíos institucionales a superar. La gestación de una nueva cultura constitucional no sería posible sin las adecuaciones institucionales correspondientes.

El procedimiento de censura en Perú puede ser dirigido contra el conjunto del Consejo de Ministros o contra uno solo de sus integrantes; en todos los casos tendrá que ser presentado por un mínimo del veinte por ciento del número total de congresistas. Para dejar un periodo de reflexión, se debate y vota entre el cuarto y el décimo día de su presentación, y debe ser aprobado por más de la mitad de los componentes del Congreso. La consecuencia de su aprobación es la remoción de los censurados. En el caso de que el Congreso censure o niegue su confianza a dos consejos de ministros, el presidente puede disolverlo (art. 134). Encontramos aquí otra institución de oriunde parlamentaria, pero que ya ha encontrado cabida también en Uruguay y en Venezuela.

En Uruguay la censura puede ser individual, plural o colectiva, mediante el voto mayoritario del total de los componentes de la Asamblea. En el caso de que la censura haya sido aprobada por menos de dos tercios de los votos totales del Congreso, el presidente puede vetar la decisión. La Asamblea requiere de una votación superior a las tres quintas partes para superar el veto; pero si la votación fuese menor y el presidente insistiese en conservar al ministro o a los ministros impugnados, procede la disolución de la Asamblea y la convocatoria a elecciones. Aunque este mecanismo dificulta en extremo la censura, de todas suertes ofrece una posibilidad que, por sí sola, supone una innovación constitucional relevante.

En el caso venezolano el presidente puede disolver al Congreso cuando hayan sido removidos tres vicepresidentes en un mismo periodo de gobierno. La disolución conlleva la convocatoria a elecciones de un nuevo Congreso. La medida es razonable, en tanto que obliga al Congreso a actuar con responsabilidad y, en situaciones extremas, permite llevar el diferendo al electorado.

## **IX. Consideraciones generales sobre el presidencialismo**

Entre los rasgos distintivos más conspicuos del sistema presidencial está la duración fija de los períodos; por el contrario, en el sistema parlamentario la permanencia del gobierno depende de que se conserve la mayoría en el

órgano de representación<sup>33</sup>. Otro factor que se suele agregar, es el de la composición del gobierno: homogéneo, en el caso presidencial, y plural, en el parlamentario. Esta diferencia está relacionada con la estabilidad de los gobiernos. En tanto que en los sistemas presidenciales no se requiere del soporte del Congreso, los presidentes disponen de un margen muy amplio para integrar sus gobiernos con quienes son de su exclusiva confianza; en tanto que los parlamentarios, que sí dependen de la confianza mayoritaria, utilizan la composición del gobierno como un mecanismo de alianzas. Estas son sólo aproximaciones generales, porque la realidad política puede imprimir un énfasis diferente a esas supuestas reglas. El hecho político es que todos los gobiernos requieren del apoyo de los órganos legislativos, por lo que en muchas ocasiones los presidentes tienen que ser más receptivos e incorporar en su gobierno a integrantes de otros partidos, de la misma forma que cuando la mayoría está asegurada por los electores, los primeros ministros pueden convertir al gobierno en un campo exclusivo de su partido.

A partir de la segunda posguerra ha sido creciente la combinación de instituciones constitucionales (*constitutional borrowing*). Las formas ortodoxas son cada vez menos frecuentes. Hay una preocupación común en los sistemas parlamentarios y presidenciales: asegurar la estabilidad de los gobiernos. Para este objeto los presidenciales tienden a hacer más dinámica su relación con el Congreso, mientras que los parlamentarios se inclinan por resguardar al gobierno frente a las oscilaciones de la política en el órgano de representación. El primer caso se manifiesta, fundamentalmente, por la integración más abierta del gabinete y su relación más dinámica con el Congreso; en el segundo, por la censura constructiva, adoptada originalmente por la Ley Fundamental de Bonn<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sin embargo, debe tenerse presente el caso holandés. Los procedimientos parlamentarios tienen carácter legal, no constitucional. Conforme a los términos estrictos de la Constitución de los Países Bajos (art. 43), «el primer ministro y los demás ministros serán designados y revocados por real decreto»; asimismo la Constitución dispone (art. 81) que las leyes se harán juntamente por el parlamento y el rey, y ninguna de sus normas establece los procedimientos de confianza, interpelación y censura.

<sup>34</sup> Ha quedado atrás la idea de que los gobiernos de gabinete generan ejecutivos débiles. La expresión de F. R. Allemann, *Bonn is nicht Weimar* (cit. por, Jean BLONDEL *Cabinets in Western Europe*, London, McMillan, 1997, pág. 17) no hace justicia a la Constitución de 1919, pero sí corrobora la idea de estabilidad que se propuso alcanzar la ley de 1949.

Los dos grandes ejemplos de sistemas presidenciales flexibles, a los que podríamos denominar «neopresidenciales», se advierten en América Latina y en algunos países que formaron parte de la Unión Soviética. En este caso están las constituciones de Armenia, de 1995 (art. 55); Azerbaiján, de 1992 (art. 109.4); Bielorrusia, de 1994 (arts. 95 y 100.4); Lituania, de 1992 (art. 84.4 y 5); Moldavia, de 1994 (arts. 77, 98, 101); Rusia, de 1993 (arts. 80 y 83) y Ucrania, de 1996 (arts. 106.9 y 113). Es significativo que las constituciones post soviéticas y las latinoamericanas coincidan en el tiempo y en la tendencia. Otro tanto ocurre con las constituciones de Nigeria, de 1999, y de África del Sur, de 1997. Ambas establecen sistemas presidenciales reformados; en el caso de Nigeria (art. 130) los ministros requieren de la conformación por parte del Senado, y en África del Sur (arts. 66, 83, 85.2 y 91) los ministros deben ser mayoritaria pero no exclusivamente miembros del Parlamento, y el presidente debe nombrar a un coordinador del gabinete.

Los sistemas presidenciales han tendido a la renovación en la mayor parte de los casos en que se han dictado nuevas constituciones o en que éstas han experimentado cambios sustanciales, a partir de la novena década del siglo XX. En cuanto a los países asiáticos, los cambios han sido menos relevantes; algunos se vinculan a la tradición parlamentaria, como India, mientras que otros, por razones políticas o religiosas, se mantienen en la vertiente autoritaria como China, Irán<sup>35</sup>, Irak y Siria. Estos casos no pueden ser analizados desde la perspectiva adoptada en este estudio.

Por lo demás, independientemente de sus regulaciones, en todos los sistemas constitucionales, incluido el presidencial, se registran procesos políticos de integración que suelen hacer de los gobiernos un mosaico representativo de las corrientes políticas dominantes, afines al jefe de gobierno y de Estado. Esta orientación se acentúa o se atenúa según la percepción de los problemas por parte del gobernante, la magnitud de las presiones a que deba hacer frente y la mayor o menor carga autoritaria en el ejercicio del poder. Cuando las constituciones adoptan reglas precisas en cuanto a la integración y al funcionamiento de los gabinetes, sim-

---

<sup>35</sup> La Constitución de Irán de 1979, reformada en 1995, por ejemplo, establece (art. 57) que los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo funcionarán «bajo la supervisión del líder religioso absoluto».

plemente reducen los márgenes de discrecionalidad que han caracterizado a los sistemas presidenciales.

## **X. Consideraciones finales**

Las cláusulas de desarrollo democrático suelen estar implícitas en las normas constitucionales y surten efectos análogos a las cláusulas de desarrollo en materia de derechos humanos. La aplicación de esas cláusulas de desarrollo democrático corresponde a un proceso cultural. Por eso, aun cuando numerosos preceptos constitucionales no tengan una traducción inmediata en las condiciones políticas de una comunidad, de todas formas tienen efectos potenciales que, merced al desarrollo cultural, progresivamente pueden llegar a producir la plenitud de sus efectos. Esa potencialidad de la norma es lo que denomino cláusula de desarrollo democrático.

En este estudio se ha visto que en la mayoría de los casos las normas que prevén la desconcentración del poder presidencial no han tenido los resultados previstos. Aun cuando algunas reglas de organización y funcionamiento político todavía carezcan de positividad, en tanto que permanezcan en vigor representan un potencial de cambio hacia el sistema presidencial democrático. La magnitud de las resistencias que deben ser superadas se vería acrecida si, además del peso de las inercias, se careciera de elementos normativos que las contrarrestaran. Las constituciones tienen un valor normativo, pero igualmente tienen una dimensión cultural, como ha demostrado Peter Häberle.

Las tesis häberlianas tienen muchas derivaciones por explorar. La que más me interesa subrayar en cuanto al tema aquí expuesto es que puede ocurrir que en un tiempo histórico determinado no haya correspondencia entre la norma y la normalidad; pero si la norma surgió como resultado de una deliberación política y luego no se tradujo en conductas concretas de los órganos del poder, de todas suertes tiene el valor una cláusula de desarrollo democrático. La exigibilidad de la aplicación de las normas puede generar que la institución prevista se desenvuelva paulatinamente, conforme su presencia sirva para propiciar nuevos patrones de conducta.

Remover la arraigada tradición presidencialista no es una tarea sencilla ni rápida. En este estudio hemos podido constatar la presencia de diversas instituciones que aun cuando en varios casos no han alcanzado

otros resultados que los nominales, requieren de un proceso de maduración que, en tanto no se interrumpa el orden constitucional, habrá de rendir muchos de los frutos para los que fueron previstas.

El neopresidencialismo latinoamericano se apoya, progresivamente, en un gobierno de gabinete, más que en el ejercicio personal del poder. La responsabilidad compartida apunta, tendencialmente, hacia la consolidación del sistema presidencial democrático. En ningún caso se debe olvidar que el constitucionalismo fundamenta la realidad política en grandes constructos: la soberanía popular, el pacto social y la representación son sólo formidables elaboraciones teóricas que han permitido erigir sistemas democráticos razonablemente funcionales. Hay que tener presente, y trabajar sobre esa premisa, que frente a la fuerza normativa de los hechos, también existe la fuerza transformadora de la norma. Goethe sostiene que el derecho libra una lucha desigual con el poder, por lo que su principal objetivo es racionalizar su ejercicio y reducir los efectos de la *hybris* del poderoso. Este es el desafío para todos los sistemas constitucionales.



**EL AMPARO EN AMÉRICA LATINA:  
LA UNIVERSALIZACIÓN DEL RÉGIMEN  
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE  
DERECHOS HUMANOS Y LA NECESIDAD  
DE SUPERAR LAS RESTRICCIONES NACIONALES**

por ALLAN R. BREWER-CARÍAS \*

**SUMARIO:** Preliminar del discurso. I. El sentido de la regulación del amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. II. El valor de la Convención Americana de Derechos Humanos en el derecho interno. III. La necesidad de adaptar las regulaciones nacionales sobre el amparo a las exigencias de la Convención Americana. A manera de conclusión.

### **Preliminar del discurso**

Señores académicos, señoras y señores:

Muchas gracias al querido amigo Antonio María Hernández por sus generosas palabras de presentación, las que sólo la amistad podrían explicar, y gracias además por haberme ofrecido el motivo de venir a Córdoba en esta oportunidad.

---

\* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela; individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Venezuela; vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya. Discurso de recepción como académico correspondiente en Venezuela, pronunciado el 2 de septiembre de 2003, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

Al fin he tenido la ocasión de llegar a esta hermosísima, más que centenaria y académica ciudad, la última de las fundadas desde Santiago del Estero en lo que fue la provincia de Tucumán con el impulso de quienes venían del Alto Perú; pero la primera en todo el territorio argentino en tener una Universidad, a lo cual se ha referido extensamente el profesor Diego Valadés.

Qué privilegio y qué honor, por lo tanto, para quien viene de la parte más septentrional del continente americano, de poder ser recibido en la más austral de las grandes academias de derecho del mundo hispano y, además, poder acompañar en este acto al profesor Valadés.

Mis primeras palabras esta noche tienen que ser de excusa a los señores académicos por el retardo que he tenido en esta comparecencia; y además, por supuesto, de profundo agradecimiento por el alto honor que se me confirió hace ya más de dos décadas. Mi agradecimiento a los académicos de entonces y de los de siempre, en la persona del maestro Pedro J. Frías, quien presidía en aquel entonces la Academia; y mi agradecimiento a los académicos de ahora, quienes me reciben y quienes como Ricardo Haro, tanto insistieron en que viniera.

Nunca es tarde, queridos amigos; por ello estoy aquí, honrado de ser recibido en esta Casa.

Cuando Antonio María Hernández me precisó para que preparara mi discurso de incorporación, pensé que debía dedicarlo a un tema de derecho constitucional comparado en América Latina, pero con particular interés en la Argentina; y ello me llevó a decidirme por tratar la institución del amparo, de la tutela o de la protección constitucional de los derechos humanos.

\*\*\*

En el desarrollo de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos en el mundo contemporáneo, se pueden distinguir diversas etapas que van desde una inicial, caracterizada por un proceso de constitucionalización de los derechos mediante su declaración en las constituciones, seguido de una intermedia, de internacionalización de la constitucionalización de éstos por su inclusión en los instrumentos internacionales; terminando con la etapa actual marcada por la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos.

Después de la multiplicación de las declaraciones constitucionales sobre derechos humanos que se produjo durante los siglos XVIII y XX hasta la primera mitad del siglo XX fue, precisamente, a partir de la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de los horrores que la provocaron y que pusieron al descubierto las más aberrantes violaciones de los derechos humanos nunca imaginadas, cuando se comenzó en la búsqueda de un necesario ámbito universal para la lucha en pro de su protección. Ello condujo a su consagración en diversos instrumentos nacionales, lo que además condujo a una consecuyente y progresiva recomposición del concepto mismo de soberanía, clave en la configuración del derecho constitucional de la época.

El derecho internacional, así, comenzó a jugar un rol significativo en el establecimiento de límites al propio derecho constitucional, con motivo de los nuevos principios y compromisos internacionales que se fueron conformando para asegurar la paz. Por ello, no es de extrañar que de esa Segunda Guerra Mundial haya surgido, no sólo la efectiva constitucionalización de la protección de los derechos humanos, sino el proceso mismo de internacionalización de los derechos con la adopción, en 1948, tanto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por la Organización de Estados Americanos, como de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas; y, en 1950, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ese proceso se consolidó en las décadas de los sesenta y setenta, con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito de las Naciones Unidas y en 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ámbito interamericano.

Entre los derechos constitucionalizados e internacionalizados en esos instrumentos está, precisamente, la institución del amparo como vía judicial expedita para la protección de los derechos humanos, la cual se había venido desarrollando en América Latina desde el siglo XIX; y que ha adoptado incluso otras denominaciones como la de tutela, la de protección constitucional o la de *mandado de segurança*<sup>1</sup>. Por ello bien pode-

---

<sup>1</sup> Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, 1993.

mos afirmar que se trata de una institución latinoamericana, desarrollada para la protección tanto de la libertad personal (*habeas corpus*), como, en general, de todos los otros derechos constitucionales. Además, en las últimas décadas al *habeas corpus* y al amparo, en las constituciones se ha agregado la acción de *habeas data*, como un medio específico de protección de los derechos de las personas frente a los archivos y bancos de datos que lleva el Estado <sup>2</sup>. Los latinoamericanos, sin duda, podemos reivindicar todos estos mecanismos de protección como de origen latinoamericano, sin tener que estar buscando antecedentes, que no los hay, en los regímenes históricos europeos.

Pero además de ser una institución propia del derecho constitucional latinoamericano, puede decirse que a partir de su consagración en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también la podemos considerar como una institución de carácter interamericano establecida como la garantía judicial por excelencia de los derechos humanos, tanto de los regulados en las constituciones y otras normas del derecho interno, como de los enumerados en las declaraciones internacionales. En tal sentido, el art. 25 de la Convención establece:

“Art. 25,1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Esta consagración del derecho de amparo en la Convención Americana, por otra parte, se configura como una obligación internacional impuesta a los Estados de asegurar a las personas ese recurso efectivo de protección de sus derechos. Por ello, la propia Convención dispone que:

“Art. 25,2.- Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso”.

---

<sup>2</sup> Así ha sucedido, por ejemplo, en las constituciones de Argentina (art. 96), Brasil (art. 5º LXXII), Ecuador (art. 30), Paraguay (art. 135) y Perú (art. 208,3).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, incluso ha señalado en una Opinión Consultiva (OC-9/87, sec. 24) que para que el recurso exista: “No basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y prever lo necesario para remediarla”; al punto de que su falta de consagración en el derecho interno podría considerarse como una transgresión de la Convención.

En la actualidad, por lo tanto, puede considerarse que la definición contenida en la Convención Americana sobre el derecho de amparo constituye el parámetro más adecuado e importante sobre este mecanismo efectivo de protección, por lo cual deben diseñarse estrategias para que desde la perspectiva constitucional se pueda utilizar el sistema de protección internacional de derechos humanos, y se puedan superar las restricciones nacionales a la institución del amparo que se han venido desarrollado en América Latina.

Para analizar esta problemática, dividiré mi exposición en tres partes: en una primera, analizaré cuál es el sentido de la regulación del amparo en la Convención Americana; en una segunda parte, analizaré el rango y valor de dicha Convención en el derecho interno; y en una tercera etapa, me referiré a los aspectos en lo que es necesario adaptar las regulaciones sobre el amparo a las exigencias de la Convención.

## **I. El sentido de la regulación del amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Conforme al antes mencionado artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya redacción y lenguaje siguen los del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la respectiva Constitución y en las leyes, y en la propia Convención Americana.

De esta norma internacional puede decirse que se derivan los contornos que debería tener esta acción de amparo, de tutela o de protección

de los derechos fundamentales en los derechos internos, los cuales lamentablemente en muchos países se encuentran parcialmente restringidos. A los efectos de poder confrontar la norma interamericana con las regulaciones del derecho interno de los países de América Latina y poder plantear las adaptaciones necesarias debemos comenzar, por lo tanto, por definir el sentido de la regulación contenida en la Convención Americana el cual se conforma por los siguientes elementos:

En *primer lugar* debe señalarse que en la Convención Americana se concibe al amparo como un derecho fundamental, es decir, como un derecho en sí mismo y no sólo como una garantía adjetiva. Se indica, en efecto, que toda persona “tiene derecho” a un recurso; por lo que no sólo se trata de que toda persona sólo deba tener a su disposición una garantía adjetiva concretizada en un solo recurso o en una acción de amparo, tutela o protección, sino que toda persona tiene derecho a la protección o amparo judicial.

Por ello, en realidad, estamos en presencia de un derecho fundamental de carácter internacional y constitucional de las personas, a tener a su disposición un medio judicial efectivo, rápido y eficaz de protección.

En *segundo lugar* debe destacarse que la Convención regula un derecho que se le debe garantizar a “toda persona”, sin distinción de ningún tipo, por lo que corresponde a las personas naturales y a las personas jurídicas o morales; a las personas nacionales y a las extranjeras; a las hábiles y no hábiles; a las personas de derecho público y a las de derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *tercer lugar*, los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos a los que se refiere la Convención Americana pueden ser variados. La Convención habla de un medio efectivo, rápido y sencillo que por lo tanto, puede ser de cualquier clase. Por ello, en realidad, puede tratarse de cualquier medio judicial y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo. Es decir, la Convención no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios, como por ejemplo sucede con los *writs* en el derecho angloamericano.

En *cuarto lugar*, la Convención señala que el medio judicial de protección o la acción de amparo puede interponerse ante los tribuna-

les competentes, de lo que resulta que la intención de la Convención es que no se trata de un solo y único tribunal competente. Ello, por supuesto, se debe regular en el ordenamiento interno, pero el fundamento de la regulación de la Convención es que ésta debe ser esencialmente la función del Poder Judicial, como también sucede, por ejemplo, en los sistemas angloamericanos donde el amparo existe sin que se lo denomine como tal. En esos sistemas los jueces cotidianamente dictan órdenes o decisiones de *mandamus*, *injunctions* y *prohibitions*, es decir, todos los tipos de decisiones judiciales que equivalen al amparo en América Latina, como parte de la cotidianeidad de la acción del juez, sin que tengan una característica adjetiva especial.

En *quinto lugar*, conforme a la Convención, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos constitucionales que estén en la Constitución, en la ley, en la propia Convención Americana o que sin estar en texto expreso, sean inherentes a la persona humana, por lo que también son protegibles aquellos establecidos en los instrumentos internacionales. Por ello aquí adquieren todo su valor las cláusulas enunciativas de los derechos, que los protegen aun cuando no estén enumerados en los textos, pero que siendo inherentes a la persona humana y a su dignidad, deban ser objeto de protección constitucional.

Además, en *sexto lugar*, la protección que regula la Convención es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación que viole los derechos y, por supuesto, también que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación provenga de quien sea. Es decir, no puede ni debe haber acto ni actuación alguna excluidas del amparo, así emane de los particulares o de los poderes públicos, en cualquier forma, sea una ley, un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación u una omisión.

Este es, en realidad, el parámetro que establece la Convención Americana sobre el amparo, y es ese el que debe prevalecer en los derechos internos, donde hay que realizar un gran esfuerzo, como estrategia de derecho adjetivo, para la utilización desde la perspectiva

constitucional, de dicho sistema de protección internacional de derechos humanos. En consecuencia, teniendo en cuenta este parámetro de universalización del amparo que consagra la Convención Americana, debe realizarse un enorme esfuerzo en el ámbito interno para superar el lamentable proceso de restricciones constitucionales o legislativas que en algunos aspectos ha sufrido la institución del amparo; que teniendo una concepción tan amplia en el texto de la Convención Americana, en muchos casos ha sido restringida.

Este esfuerzo, además, se facilita por el proceso de constitucionalización de la Convención Americana en el derecho interno de los países que ha implicado que se haya dotado a ésta de un rango normativo superior en dicho derecho interno.

## **II. El valor de la Convención Americana de Derechos Humanos en el derecho interno**

En el derecho interno de los países de América Latina, en efecto, el proceso de constitucionalización de la internacionalización de los mecanismos de *protección* de los derechos humanos se ha manifestado mediante el otorgamiento de un determinado rango normativo a los instrumentos internacionales como la Convención Americana, mediante la precisión, en el mismo texto de las constituciones en caso de conflicto, del principio de prevalencia de las normas -la internacional o la interna- relativa a los derechos humanos. Las soluciones constitucionales, en este respecto, derivan no sólo de la consagración expresa de dicho rango normativo en el texto de las constituciones, sino de su estructuración con base en la interpretación constitucional.

### *1. El rango normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos establecido expresamente en las constituciones*

En muchas constituciones latinoamericanas el tema del rango constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido



resuelto expresamente, pudiendo distinguirse cuatro regímenes normativos según que les haya sido otorgado rango *supra* constitucional, rango constitucional, rango *supra* legal o solamente rango legal <sup>3</sup>.

*A. El rango supra constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*

En primer lugar, algunas constituciones han establecido expresamente el rango *supra* constitucional de los derechos humanos declarados en instrumentos internacionales; es decir, un rango superior al de las propias normas constitucionales, prevaleciendo, por lo tanto, en relación con ellas.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Guatemala, en cuyo art. 46 se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, concepto éste de “derecho interno” que no sólo comprende a las leyes sino a la propia Constitución.

En Colombia, la Constitución ha establecido una disposición similar, al disponer el art. 93 que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”; y “orden interno”, también en este caso, en nuestro criterio, como antes indicamos, no sólo comprende al establecido en las leyes sino en la propia Constitución.

En cierta forma, también podría ubicarse en este primer sistema de jerarquía *supra* constitucional de los derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales, el caso reciente de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo art. 23 se dispone que: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la Repúbli-

---

<sup>3</sup>Véase, en general, sobre esta clasificación lo expuesto por Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989 y por Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003.

ca, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Al señalar esta Constitución que los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales prevalecen en el “orden interno”, es decir, el establecido en la propia Constitución y en las leyes, cuando prevean condiciones de goce y ejercicio más favorable, sin duda que le está otorgando rango *supra* constitucional a dichos derechos y a sus mecanismos de protección. Esa prevalencia, por otra parte, puede ser apreciada por el juez constitucional en todos los procesos constitucionales, sea cuando el juez ordinario conoce del control difuso de la constitucionalidad, sea cuando los jueces deciden acciones de amparo constitucional o de *habeas corpus*, o sea cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional conoce de acciones de inconstitucionalidad de las leyes, de acciones de interpretación constitucional o de inconstitucionalidades por omisión de legislador.

Sin embargo, ha sido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela la cual ha pretendido reducir el ámbito de aplicación e interpretación de esta rica norma constitucional, pretendiendo reservarse en exclusiva esa tarea y desconociendo el valor de las recomendaciones e interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, en la Sentencia N° 1942 de julio de 2003, mediante la cual la Sala declaró sin lugar una acción de nulidad por inconstitucionalidad que había sido interpuesta contra las normas de desacato que todavía contiene el Código Penal de Venezuela, y que contrarían las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conforme lo ha interpretado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una de sus conocidas recomendaciones, la Sala Constitucional se reservó la aplicación del art. 31 de la Constitución, violando las disposiciones constitucionales que regulan el sistema mixto o integral de justicia constitucional de Venezuela <sup>4</sup>, al señalar que: “Es la Sala Constitucional quien de-

---

<sup>4</sup> Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, 2000.

termina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”.

Por otra parte, la Sala Constitucional le ha restado todo valor a las interpretaciones que puedan realizar los organismos internacionales sobre el alcance de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en relación con el derecho interno, al expresar que el art. 23 de la Constitución “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”, agregando que: “Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los tratados, pactos y convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”.

La Sala, además, al ratificar su competencia para interpretar la Constitución, agregó que: “Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en tratados ni en otros textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes”.

### *B. El rango constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*

En segundo lugar, un grupo de constituciones ha atribuido expresamente rango constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que los derechos humanos y sus mecanismos de

protección establecidos tienen la misma jerarquía constitucional que los establecidos en el texto fundamental.

Dos tipos de regímenes constitucionales pueden distinguirse en este grupo: las constituciones que confieren rango constitucional a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, y las constituciones que otorgan tal rango, sólo a un grupo de instrumentos enumerados expresamente en la Constitución.

En el *primer tipo* se ubicaba, por ejemplo, la Constitución de Perú de 1979, derogada en 1994, cuando establecía en su art. 105 que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional”, de manera que “No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

En el *segundo tipo* se ubica la Constitución de Argentina de 1994 que le otorga una jerarquía “superior a las leyes”, es decir, rango constitucional a un grupo de tratados y declaraciones vigentes para ese entonces que se enumeran taxativamente en el art. 75, 22 de la Constitución, entre los cuales están la Declaración Americana, la Convención Americana y los Pactos Internacionales, además de otros instrumentos internacionales que se especifican relativos al delito de genocidio, o sobre discriminación racial y discriminación contra la mujer, sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes y sobre derechos del niño.

En cuanto a los demás tratados sobre derechos humanos, la Constitución estableció que pueden gozar de tal jerarquía constitucional, siempre que sean aprobados por una mayoría calificada de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros del Senado y de la Cámara de Diputados.

### *C. El rango supra legal de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*

En *tercer lugar*, en otras constituciones latinoamericanas, sólo se ha establecido expresamente el rango *supra* legal, pero sometidos a la Constitución, de los tratados y convenciones internacionales, en general, comprendidos los relativos a derechos humanos, en el sentido de que prevalecen sobre las leyes, pero sin tener rango constitucional.

Esta es la solución de la Constitución de Costa Rica, la cual dispone que “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos

tos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” (art. 7°).

En el caso de Honduras se llega a una conclusión similar, aun cuando la prevalencia se regule en general respecto de los tratados internacionales y no específicamente de los relativos a derechos humanos. En efecto, conforme al art. 16 de la Constitución, los tratados internacionales, en general, comprendidos los relativos a derechos humanos, forman parte del derecho interno y prevalecen sobre las leyes en caso de conflicto (art. 18). La Constitución, además, dispone que en caso de que un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado mediante el procedimiento de reforma constitucional antes de su ratificación (art. 17).

En sentido similar, el art. 144 de la Constitución de El Salvador dispone el rango legal de los tratados y su prevalencia respecto de las leyes en caso de conflicto, al disponer que “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución”, agregando la norma que “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador” y que “En caso de conflictos entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

#### *D. El rango legal de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*

Por último, en *cuarto lugar*, en cuanto a la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están los sistemas constitucionales que le atribuyen, en general, a los tratados internacionales igual jerarquía que a las leyes.

Este es el sistema más difundido en el derecho constitucional contemporáneo, y sigue la orientación iniciada por la Constitución de los Estados Unidos de América (art. VI. 2). En esta línea regulatoria está la Constitución de Ecuador (art. 137).

En estos sistemas, por lo tanto, los tratados tienen el mismo rango normativo que las leyes, están sometidos a la Constitución y en su aplicación en relación con las leyes rigen los principios de ley posterior y ley especial para los efectos derogatorios que puedan tener.

## *2. El valor normativo constitucional de los instrumentos internacionales con independencia de su jerarquía en el orden interno*

Pero en ausencia de una regulación constitucional expresa relativa a la jerarquía normativa en el orden interno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, debe decirse que estos derechos y sus garantías de protección enumeradas, pueden adquirir valor constitucional mediante técnicas interpretativas diversas de orden constitucional en relación, precisamente, con el sistema interamericano de derechos humanos.

En efecto, la tendencia más general en el constitucionalismo contemporáneo ha sido la de otorgarle a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, el mismo rango y valor de los establecidos en las constituciones, de manera que todos son considerados como derechos constitucionales. Ello se ha logrado mediante técnicas, incluso, en algunos casos, expresamente previstas en las constituciones.

### *A. La exigencia expresa de la interpretación de la Constitución de conformidad con los tratados internacionales*

Algunas constituciones, en efecto, establecen expresamente una norma orientadora para la interpretación de los derechos humanos declarados en el texto fundamental, exigiendo que deba realizarse en armonía o de conformidad con los tratados internacionales en la materia. El ejemplo más relevante en este caso es el de la Constitución de Colombia, cuyo art. 93 establece expresamente que: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En esta forma, en el propio texto constitucional se establece la obligación expresa para todos los órganos del Estado y no sólo para los tribunales, de interpretar las normas constitucionales reguladoras de los derechos humanos de acuerdo con lo regulado en los tratados internacionales sobre la materia. La consecuencia de ello es, por lo tanto, el reconocimiento implícito del mismo rango y valor de derechos constitucionales a los establecidos en los tratados internacionales, que son los que deben guiar la interpretación de los primeros.

Esta norma de la Constitución de Colombia, sin duda, tiene como antecedentes el texto de las constituciones de España (art. 10,2) y Portu-

gal (art. 16,2), en las cuales, además, se menciona en particular a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo contenido en consecuencia es el parámetro para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos humanos.

*B. La interpretación constitucional de las declaraciones generales sobre los fines de la sanción de la Constitución vinculados a los derechos humanos*

Otra vía para atribuir el mismo rango constitucional a los derechos y mecanismos de protección consagrados en instrumentos constitucionales, deriva de la interpretación constitucional que debe hacerse de las declaraciones generales relativas a los derechos humanos, las cuales generalmente se ubican en los preámbulos de las constituciones.

En efecto, en muchos preámbulos constitucionales se establece como fin del propio texto constitucional e, incluso, del Estado, el asegurar la plena vigencia de los derechos humanos. Tal es el caso de la Constitución de Guatemala, en cuyo preámbulo se establece expresamente como finalidad del texto constitucional, “Impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho”.

Siendo, en este caso, por lo tanto, finalidad de la propia sanción de la Constitución el impulsar la plena vigencia de los derechos humanos, éstos en su contexto universal adquieren el mismo valor que los declarados expresamente en la Constitución. A ello debe tender la interpretación constitucional de estas declaraciones generales.

*C. La interpretación de las obligaciones constitucionales del Estado en relación con los derechos humanos*

Otras constituciones, en las normas destinadas a regular las declaraciones de derechos humanos, establecen expresamente obligaciones para los diversos órganos del Estado en relación con el aseguramiento de la efectividad en su goce y disfrute. En estos casos, al constituir una obligación del Estado el respeto de los derechos humanos o el velar por su efectivo ejercicio, éstos, en general, adquieren rango y valor constitucional así no estén enumerados expresamente en las declaraciones constitucionales.

Tal es el caso de la Constitución de Chile, en cuya reforma de 1989 se incorporó una declaración conforme a la cual se dejó expresamente reconocido que el ejercicio de la soberanía está limitada por “El respeto a los derechos esenciales establecidos en la naturaleza humana”, estableciéndose además, como “Deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En consecuencia, si se trata de una obligación del Estado la de respetar y promover los derechos humanos garantizados por los tratados internacionales, éstos adquieren el mismo valor y rango de los derechos constitucionales enumerados expresamente en el texto fundamental.

Además, la referencia a los “derechos esenciales establecidos en la naturaleza humana” permite y exige identificar como tales, no sólo a los enumerados expresamente en la Constitución, sino a los establecidos en los tratados internacionales e, incluso, más allá, a los que sean de la esencia de la naturaleza humana.

En sentido similar se regula en la Constitución de Ecuador, la cual también establece como una obligación del Estado, el garantizar “A todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes”. La obligación del Estado, por lo tanto, no sólo se refiere a garantizar el ejercicio y goce de los derechos enumerados en la Constitución, sino de todos los enumerados en los instrumentos internacionales, los cuales -en consecuencia- adquieren rango y valor de derechos constitucionales.

También debe destacarse en el mismo sentido, la declaración contenida en la Constitución de Nicaragua, en la cual se establece la declaración general de que toda persona no sólo “Goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana y del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos”, sino de “La plena vigencia de los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.



En este caso, la enumeración que hace la Constitución de ciertos instrumentos internacionales como la Convención Americana, no puede sino interpretarse como una enunciación no taxativa, dadas las declaraciones precedentes sobre los derechos humanos en general y los inherentes a la persona humana.

### **III. La necesidad de adaptar las regulaciones nacionales sobre el amparo a las exigencias de la Convención Americana**

Ahora bien, ante la amplitud de la regulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ante el proceso de constitucionalización de sus regulaciones, consideramos que en América Latina debe realizarse un gran esfuerzo por superar las restricciones al ejercicio del derecho de amparo que se han venido estableciendo en el derecho interno de los países.

La definición del amparo contenida en la Convención Americana constituye un “estándar mínimo común” que todos los Estados deben cumplir. Para ello deben diseñarse estrategias para -desde la perspectiva constitucional- utilizar el sistema de protección internacional de derechos humanos.

Ello implica la necesidad de que en el derecho interno de nuestros países se amplíe la protección constitucional de manera que la pueda acordar cualquier juez o tribunal; mediante el ejercicio de todas las vías judiciales y no sólo a través de un solo recurso o acción de amparo; en relación con todas las personas y para la protección de absolutamente todos los derechos constitucionales; y contra todo acto u omisión proveniente de quien provenga.

#### *1. La necesidad de ampliar la protección constitucional mediante otros medios judiciales de protección*

El *primer esfuerzo* que debe desarrollarse a los efectos de asegurar la efectividad de la protección constitucional, es el tendiente a la desadjetivización de la institución del amparo, en el sentido de reafirmar su carácter sustantivo como derecho constitucional en sí mismo.

En efecto, puede decirse que en la mayoría de los ordenamientos internos el amparo no se ha previsto como un derecho constitucional y más bien se ha configurado o convertido en una acción judicial, es decir, en un medio o remedio adjetivo específico, denominado recurso de protección, acción de tutela, acción de amparo, *mandado de segurança* o *habeas corpus* o *habeas data*.

En realidad, la universalidad de los medios judiciales es la que tendría que prevalecer para la protección efectiva y rápida de todos los derechos como por ejemplo, insistimos, sucede en países donde no se regula específicamente una “acción de amparo”, como en Inglaterra, en Francia, o en Italia; pero donde si bien no existe un medio judicial que se llame “acción de amparo”, sin embargo existen mecanismos adecuados para la protección efectiva de los derechos en cualquier proceso. En algunos países de América Latina conforme a la orientación de la Convención Americana e, inclusive, con antelación a la adopción de la Convención, al amparo ha sido concebido como un derecho constitucional, y ha sido desarrollado con estas características, como es el caso de México y de Venezuela e, incluso, en nuestro criterio, también es el caso de Colombia.

## *2. La necesidad de ampliar la protección constitucional en relación con las personas protegibles (legitimación activa)*

Una *segunda estrategia* que debe desarrollarse en América Latina para la utilización en el ámbito constitucional interno del sistema de protección de derechos humanos, es la tendiente a ampliar la legitimación activa para la utilización de los medios judiciales de garantía, es decir, ampliar el ámbito de las personas protegidas o protegibles.

En general, puede decirse que el amparo se ha concebido como un medio de protección de carácter personalísimo, que beneficia al reclamante, y cuyos efectos, en principio, no se pueden extender a terceros.

Esta tendencia plantea, en primer lugar, el problema de la protección de los derechos colectivos, cuya iniciativa de protección se atribuye a los defensores del pueblo o de los derechos humanos, por lo que debería definirse una estrategia para poder permitir que las propias colectividades puedan ejercer la acción de amparo cuando se trate de violación de derechos constitucionales colectivos.

Por otra parte, no olvidemos que cada vez con más frecuencia, dentro de los mecanismos para asegurar el acceso a la justicia, están los diseñados para la protección de los intereses difusos, sobre todo en relación con los derechos de tercera generación, como el derecho a la protección del medio ambiente. En esta materia, la legitimación tiene que irse construyendo, de manera que se permita que personas interesadas puedan actuar en representación de intereses difusos cuando se trate de derechos constitucionales cuya violación afecte a toda una colectividad. Incluso, en algunas constituciones como la venezolana de 1999 ya está fuera de toda duda la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo para la protección de derechos colectivos y difusos, lo cual ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia.

Otro aspecto relativo a la legitimación activa en materia de amparo es la indicación que contiene la Convención Americana de que la acción de amparo la tiene “toda persona”, lo que implica que las personas de derecho público también pueden ser accionantes, como titulares de derechos constitucionales, como son los de la igualdad, debido proceso o a la defensa. Por ello las entidades públicas pueden ser perfectamente titulares de la acción, por lo cual el tema del amparo no se plantea sólo contra el Estado, sino que también los entes públicos pueden ser los que exijan la protección constitucional.

Incluso en algunos países puede considerarse que existe un amparo constitucional respecto de las garantías constitucionales de carácter político territorial propias de la descentralización política, el cual procede cuando las constituciones garantizan, por ejemplo, la autonomía de las entidades locales, como la autonomía municipal. En estos casos, estamos en presencia de una “garantía constitucional”, por lo que no habiendo en las constituciones nada que reduzca el amparo sólo a los derechos y garantías de los hombres, también los derechos y garantías constitucionales establecidas en los textos respecto de la autonomía territorial, podrían ser objeto de una acción de protección, como sucede por ejemplo, en México en relación con los Estados de la Federación, contra leyes federales. En cambio, esta situación se ha planteado recientemente en Venezuela mediante la presentación ante los tribunales de una acción de amparo para la protección de la garantía a la autonomía municipal ante violaciones nacionales; la cual lamentablemente ha sido rechazada por la Sala Constitucional en una interpretación restrictiva totalmente inadmisibles.

### *3. La necesidad de ampliar la protección constitucional en relación con los derechos protegidos*

El *tercer aspecto* de la estrategia para la utilización desde la perspectiva constitucional del sistema de protección internacional de derechos humanos, se refiere al tema de los derechos protegibles. De acuerdo con la Convención Americana todos los derechos son protegibles mediante las acciones de amparo: los derechos constitucionales de los hombres, de las personas morales e, incluso, de las personas institucionales de carácter constitucional.

Entre estos derechos constitucionales se encuentran tanto los declarados en el texto de las constituciones, en las leyes, en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, y los que son inherentes a la persona humana. Como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva (OC-8/87) al analizar el art. 25,1 de la Convención, donde señaló que dicho texto: “Es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.

Conforme al sistema interamericano, por lo tanto, el elenco de los derechos protegibles tendría que ser completo. Sin embargo, en contraste, en algunos casos, quizás por la influencia del modelo europeo de acción de amparo, particularmente el regulado en Alemania y en España, se ha reducido el objeto protegido en cuanto a los derechos protegibles sólo respecto de ciertos derechos enumerados en el texto constitucional. Así se establece en la Constitución alemana, donde sólo se admite la acción de amparo en relación con los que en ella se denominan “derechos fundamentales”, los cuales son una especie dentro del género derechos constitucionales. En España también se enumeran expresamente cuáles son los derechos que pueden ser protegidos por la acción de amparo.

Nada de esto puede derivarse de la Convención Americana ni de la generalidad de las constituciones de América Latina, en los cuales todos los derechos son amparables. Por ello puede considerarse que aquellas constituciones que establecen un elenco determinado de derechos protegibles mediante la acción de amparo, son incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.

En definitiva, la Convención Americana no permite la exclusión de la protección constitucional mediante el amparo de determinados derechos constitucionales, o en otras palabras, no permite que el amparo se reduzca a la protección sólo respecto de determinados derechos declarados en una Constitución. En consecuencia, sistemas como los regulados en los textos constitucionales de Chile y de Colombia pueden considerarse como incompatibles con la Convención Americana. En el caso de Chile, la Constitución enumera cuáles son los derechos objeto de la acción de protección, y en el caso de Colombia, la Constitución también trae una enumeración respecto de los “derechos fundamentales” objeto de la tutela; en ambos casos, quizás por influencia europea. Sin embargo, afortunadamente los tribunales de la República han venido corrigiendo esta restricción a través de una interpretación constitucional, de manera que en la actualidad, particularmente en Colombia, casi no hay derecho constitucional que no pueda ser tutelable.

En contraste con estos casos de previsiones constitucionales restrictivas sobre los derechos constitucionales que pueden ser objeto de protección mediante la acción de amparo, de tutela o de protección, deben destacarse otros sistemas constitucionales que expresamente establecen dentro de los derechos protegibles, no sólo todos los derechos constitucionales, sino además, los declarados en el sistema de protección internacional. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Costa Rica, que enumera entre los derechos objeto de protección mediante el amparo a los derechos “de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”.

En sentido aún más amplio, la Constitución de Venezuela de 1999 precisa en forma expresa que el derecho de amparo comprende la protección de los “derechos y garantías constitucionales, aun de aquéllos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, de lo que debe interpretarse que no sólo son objeto de protección los derechos y garantías constitucionales y los enumerados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino todos aquéllos inherentes a la persona humana, aun cuando no estén expresamente enumerados en la propia Constitución o en los instrumentos internacionales.

#### *4. La necesidad de ampliar el ámbito de la competencia judicial para la protección constitucional*

El *cuarto aspecto* de la estrategia para la utilización, desde la perspectiva constitucional del sistema de protección internacional de derechos humanos, se refiere a la necesidad de ampliar la competencia judicial para asegurar la protección de los derechos humanos acorde con la intención de lo que establece la Convención Americana.

En efecto, conforme a la Convención y a la tradición latinoamericana, la competencia en materia de amparo es de la esencia del Poder Judicial, en el sentido de que debe ser una competencia de “los tribunales”, de todos y no sólo de uno de ellos, como en cambio es característico del modelo europeo, particularmente en Alemania y en España, donde la competencia en materia de amparo se atribuye a un solo tribunal que es el Tribunal Constitucional.

Lamentablemente, sin embargo, en algunos países de América Latina también se ha operado esta reducción en cuanto a la competencia judicial para la protección constitucional mediante el amparo, al asignarla a un solo tribunal, particularmente a las Cortes Supremas. Es el caso de Panamá, de Costa Rica, de El Salvador y de Nicaragua, donde sólo la Corte Suprema es competente para conocer de la acción de amparo. La aplicación de la Convención Americana debería conducir a configurar una estrategia de orden adjetivo para precisamente ampliar la competencia judicial, como por ejemplo se ha propuesto recientemente en Honduras, en el proyecto de ley sobre la Justicia Constitucional que ha elaborado la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, salvo los ejemplos mencionados, en todos los otros países de América Latina la competencia judicial en materia de amparo tiene una característica difusa, en el sentido de que es un poder que se atribuye en general a los tribunales de primera instancia o a los tribunales de circuito, pero no se concentra en un solo órgano. La concentración en un solo órgano del conocimiento del amparo, como una acción específica, en definitiva, lo que hace es restringir el acceso a la justicia para la efectiva protección de los derechos.

*5. La necesidad de ampliar la protección constitucional en relación con los agraviantes (la legitimación pasiva)*

El *quinto aspecto* de la estrategia para la utilización desde la perspectiva constitucional, del sistema de protección internacional de derechos humanos, se refiere a la necesidad de la ampliación progresiva de la legitimación pasiva en materia de amparo, es decir, en la determinación de las personas contra quienes se puede intentar la acción de amparo, lo cual no encuentra restricción alguna en la Convención Americana.

No debe olvidarse, por supuesto, que en su origen la acción de protección de amparo o de tutela fue concebida siempre como un mecanismo de protección contra el Estado, precisamente porque los derechos humanos se concibieron inicialmente frente al Estado, y como límite a la actuación de los entes públicos. Sin embargo, la universalización progresiva de los derechos humanos como inherentes a la persona humana con independencia de quien debe respetarlos, ha venido ampliando el ámbito de su protección, admitiéndose que el amparo pueda intentarse también contra los particulares. Es decir, conforme con la Convención Americana, que no hace distinciones, el amparo no sólo procede frente a la lesión a los derechos humanos que puede provenir de los entes públicos, sino también de los particulares.

En esta forma puede decirse que en América Latina se admite en una forma amplia la acción de amparo contra los particulares, tendencia que se inició en América Latina, concretamente en este país, Argentina, a partir de los años 50, donde por vía pretoriana se admitió la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo contra particulares. Esta situación contrasta con lo que sucede en Europa, donde el amparo sólo se ejerce básicamente, contra los poderes públicos.

Sin embargo, alguna restricción a este principio de la universalidad, característico de América Latina, se puede detectar en la actualidad en algunos de nuestros países, a los efectos de plantear su reforma o perfeccionamiento, precisamente como parte de una estrategia, desde la perspectiva constitucional, del sistema de protección internacional. Se destaca en este sentido la reducción de la posibilidad de ejercicio de la acción de amparo contra particulares que se ha operado en algunos países, al establecerse que sólo procede respecto a ciertos particulares, como son aquellos que actúan por delegación ejerciendo funciones públicas, o

aquellos que cumplen algún tipo de prerrogativa o tienen una posición de dominio, por ejemplo, en la prestación de servicios públicos, como son las empresas concesionarias. En este sentido, legislaciones como las de Costa Rica, Guatemala y Colombia admiten que se pueda intentar acción de amparo pero sólo contra esos determinados particulares.

Otros países simplemente excluyen totalmente la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo contra particulares siguiendo el modelo europeo, como es el caso de México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua; situación que en nuestro criterio, se aparta de la orientación de la Convención Americana.

#### *6. La necesidad de ampliar la protección constitucional en relación con todas las entidades y actos estatales*

Un *sexto aspecto* de la estrategia para la utilización desde la perspectiva constitucional del sistema de protección internacional de derechos humanos, se refiere a la necesidad de la ampliación de la protección constitucional frente a las propias actuaciones del Estado.

En efecto, puede señalarse que otro ámbito de reducción del amparo que contrasta con la universalidad que deriva de la Convención Americana, se refiere a los actos del poder público que pueden ser objeto de la acción de amparo. Conforme a la Convención Americana y a la configuración universal de la acción de amparo, no puede ni debe existir acto alguno del Estado que escape de su ámbito. Si el amparo es un medio judicial de protección de los derechos, lo es y tiene que serlo frente a cualquier acción pública; por lo que no se concibe que frente a esta característica universal del amparo pueda haber determinadas actividades del Estado que queden excluidas de la posibilidad del ejercicio de una acción de amparo.

Sin embargo, en América Latina puede detectarse una lamentable tendencia a exclusiones frente a las cuales debe definirse una estrategia constitucional para su eliminación. Estas exclusiones se han operado en diversos aspectos.

En primer lugar se destaca la tendencia a excluir del amparo los actos de ciertas autoridades públicas, como por ejemplo de los organismos electorales, cuyos actos, en algunos países como Perú, Costa Rica y



Uruguay, se excluyen expresamente de la acción de amparo. En otros casos, por ejemplo, en el mismo Perú se prevé una exclusión del ámbito de protección constitucional del amparo respecto de los actos del Consejo Nacional de la Judicatura. En otros casos la exclusión se refiere a la materia, como las que tengan relación con la aplicación de leyes de defensa pública, como sucede en Argentina.

En segundo lugar, también se destaca otra tendencia a excluir del ámbito de protección -mediante la acción de amparo- a ciertos actos estatales, lo que se ha planteado particularmente en relación con las leyes y las decisiones judiciales. Algunos países, como por ejemplo Perú, Colombia, Brasil y Uruguay, excluyen la posibilidad de ejercer la acción de amparo contra leyes, es decir, contra normas. En otros, en cambio, como en México, donde tiene su inicio el amparo contra normas y asimismo en Venezuela, se admite ampliamente la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo contra leyes como una especie de control difuso de la constitucionalidad por vía de acción, aun cuando en algunos casos exigiéndose el carácter autoaplicativo de la norma.

En otros casos, la restricción se ha establecido en materia de amparo contra decisiones judiciales, aun cuando también el juez, al dictar su sentencia, puede lesionar un derecho constitucional. Ningún juez tiene poder para, en su sentencia, violar un derecho constitucional, por lo que también debería admitirse la acción de amparo contra las sentencias, lo cual no se excluye en la Convención Americana y es posible en muchos países de América Latina.

Pero en algunos países, en cambio, se excluye expresamente la acción de amparo contra sentencias, como es el caso de Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador y Nicaragua. En otros países como en Colombia, si bien se incorporó expresamente en el decreto ley reglamentario de la acción de tutela su procedencia contra sentencias, en una desafortunada sentencia de la Corte Constitucional de 1992 se anuló el artículo del decreto ley que regulaba la acción de tutela contra éstas. Sin embargo, posteriormente y a pesar de la anulación de la norma, la labor tanto de la propia Corte Constitucional como de la Corte Suprema, del Consejo de Estado y de los tribunales de instancia, ha sido progresiva en admitir por vía de interpretación, la acción de tutela contra sentencias arbitrarias.

## **A manera de conclusión**

Como puede observarse de lo analizado anteriormente, la universalización de la concepción del amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tendría que prevalecer en los derechos internos, donde deberían quedar eliminadas todas las restricciones nacionales que se han venido estableciendo respecto de la acción de amparo.

Ello implica que el amparo tiene que ser concebido como un derecho constitucional en sí mismo, y no sólo como una acción o garantía adjetiva de proyección; que las personas amparables son todas, sin distinción de naturaleza alguna, incluyendo a las personas estatales; que la protección judicial de los derechos no se debe limitar a una sola acción de amparo, sino que puede lograrse a través de cualquier medio judicial idóneo; que la obligación judicial de amparar corresponde a todos los tribunales, por ser de la esencia del Poder Judicial, y no sólo a una Corte o Tribunal Constitucional; que todos los derechos constitucionales son amparables, incluso los inherentes a la persona humana no enumerados en los textos constitucionales; que la protección constitucional procede contra todo acto omisión, hecho o actuación que viole los derechos o amenace violarlos; que la protección constitucional procede contra acciones u omisiones lesivas de los particulares y no sólo de los agentes del Estado; y que en este último caso, procede contra leyes, actos ejecutivos y administrativos y sentencias sin que pueda haber exclusión alguna.

Ese es el marco que deriva de la Convención Americana sobre la institución del amparo, que he querido compartir con ustedes esta noche, con motivo de mi incorporación a la Academia, como reflexión general sobre una institución latinoamericana muy arraigada en nuestros países, pero no por ello exenta de perfeccionamiento.

Muchas gracias de nuevo, queridos amigos académicos; muchas gracias a todos por su atención.

## **EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA**

por RICARDO ALONSO GARCÍA \*

Excelentísimos miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, excelentísimas autoridades, señoras, señores, queridos amigos.

Constituye para mí un inmenso honor, y quienes me conocen saben que lo afirmo desde lo más profundo de mi corazón, ser admitido como miembro correspondiente de esta prestigiosa Academia, máxime cuando hace dos años me encontraba en esta misma Sala asistiendo al tardío, desde su designación, discurso de ingreso de mi admirado y querido Maestro, Eduardo García de Enterría.

Inmenso honor, pues, el que se me concede, especialmente emotivo por tratarse de la Academia de Córdoba, última ciudad argentina que visitó, en el contexto de un fraternal encuentro entre académicos españoles y latinoamericanos, mi recientemente fallecido y por siempre llorado padre, Manuel Alonso Olea.

Si de fraternal calificó mi padre en su momento el referido encuentro, de fraternales también, más allá de los intelectuales, califco yo ahora los lazos que desde hace ya casi diez años me unen a esta ciudad a través de su Universidad Nacional, en la que aterricé por vez primera de la mano de mi desde entonces muy querida amiga Adriana Dreyzin, ejem-

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario, Universidad Complutense de Madrid, presidente del Tribunal Arbitral del Mercosur (IX Laudo). Discurso de recepción como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), pronunciado el 18 de noviembre de 2003.

plo de permanente alegría y optimismo existencial, quien me tendió el puente hacia nuevas y profundas amistades, caso de Ernesto Rey Caro y de Antonio María Hernández, con quienes he tenido la dicha de compartir en muchas ocasiones, y espero seguir haciéndolo por muchos años, mesa culinaria y académica ora en tierras cordobesas ora madrileñas, en un ejercicio, por lo demás, de enriquecimiento personal derivado del origen multidisciplinar de mis queridos colegas, progresivamente ampliado como consecuencia de posteriores vínculos con los también miembros de esta Academia y profesores de la Nacional, Hugo Richard y Julio Altamira. A ellos se han venido sumando, con el paso de los años, jóvenes valores universitarios, de los que me enorgullece destacar, en el caso de muchos de ellos, mi modesta aportación en su formación a través del Master en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Complutense, en cuyas enseñanzas vengo participando regularmente, desde su creación hace ya trece promociones, junto con mi buen amigo y bien conocido por estas tierras Diego Fernández Arroyo.

Y si progresivo ha sido, a lo largo de estos últimos años, el proceso de consolidación de mis vínculos con esta hermosa ciudad de Córdoba, reforzada ahora con mi agradecido ingreso en su ilustre Academia en calidad de miembro correspondiente, progresivo ha sido también el proceso de consolidación de esa aventura integradora sin parangón que es hoy la recién mencionada Unión Europea, cuyo reforzamiento, también ahora, busca el proyecto de tratado constitucional sometido a la consideración de la Conferencia Intergubernamental al efecto inaugurada en Roma hace apenas un mes, cuyas luces y sombras espero ser capaz siquiera de esbozar a continuación.

\*\*\*

Sabido es que el ordenamiento jurídico comunitario fue calificado por el Tribunal de Justicia, hace ya cuarenta años, como ordenamiento «propio» y «autónomo» respecto del ordenamiento jurídico internacional y del de los Estados miembros integrantes de las Comunidades Europeas. Tales características las vinculó el Tribunal, refiriéndose específicamente a la Comunidad Económica Europea, al hecho de haberla dotado «de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de

una limitación de soberanía o transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad», que se traduciría en su aptitud para generar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros, prevalentes en caso de contradicción con normas jurídicas nacionales.

Veinte años después, el mismo Tribunal de Justicia se referiría a la Comunidad Europea como «una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado»; calificación, pues, del Tratado como carta constitucional fundamental, que tendría un trasfondo *material*, por cuanto desde un punto de vista nominal y formal no dejaba de ser un, todo lo *sui generis* que se quiera, tratado internacional.

Pues bien, he aquí que otros casi veinte años después, concretamente en junio y julio del corriente, se presentaba formalmente el denominado «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa»; denominación ésta, en mi opinión, equívoca, porque da pie, como de hecho así ha sucedido, a enfatizar la segunda parte de la denominación («constitución europea») sobre la primera («tratado»), cuando lo cierto es que, ante todo, se trata, esencialmente, de un tratado de reforma del de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992, que deberá ser negociado en el marco de la Conferencia Intergubernamental recién inaugurada en Roma el 4 de octubre, y en su momento firmado por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros y posteriormente ratificado en cada uno de ellos, para su entrada en vigor, de conformidad con sus respectivas reglas constitucionales.

¿Qué tiene de novedoso, entonces, esta nueva reforma del proceso de integración europea, que haya podido determinar el empleo en su cabecera misma de la expresión «Constitución»?

Si partimos del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, según el cual «toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución», la reforma de la Unión Europea en curso aporta, en primer lugar, una más clara y más legítima, en términos democráticos, configuración del ejercicio del poder público europeo, tanto horizontalmente (esto es, en lo referente a la delimitación de las prerrogativas de las instituciones que integran el complejo aparato político propio de la Unión) como verticalmente (esto es, en lo referente a la delimita-

ción de competencias entre la Unión y los Estados miembros); y, en segundo lugar y sobre todo, la reforma incorpora al texto del nuevo Tratado una Carta de Derechos Fundamentales, expresa manifestación de los límites en el ejercicio del poder por las autoridades públicas frente al individuo, sólo franqueables en aras de la colectividad bajo estrictas condiciones vinculadas al desenvolvimiento de una «economía social de mercado altamente competitiva».

Dicho lo cual, debo insistir en la idea de que por mucho que la reforma proyectada haya acentuado el contenido «constitucional» de la construcción europea, ésta continúa asentándose formalmente en un instrumento por el momento negociado y en su momento validado como «Tratado». De ahí que me parezca más rigurosa y conforme a la realidad la denominación, barajada en los inicios del debate sobre la reforma, de «Tratado Constitucional de la Unión Europea».

\*\*\*

Pasemos a exponer los rasgos esenciales de la reforma, comenzando por las novedades en su elaboración de la mano de un «método convencional» que se aparta del *modus operandi* hasta ahora seguido en las reformas de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas primero y de la Unión Europea después.

En efecto, según preveía el Tratado de la Comunidad Económica Europea ya en su versión de 1957 (de manera similar a sus hermanas la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Comunidad Europea de la Energía Atómica) y prevé en la actualidad el Tratado de la Unión Europea, su reforma exige el común acuerdo de los Estados miembros en el marco de una Conferencia Intergubernamental al efecto convocada por el Consejo, tras consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión.

Aclaremos desde ya que a ello responde precisamente la reciente apertura de la Conferencia Intergubernamental. La novedad que aporta el Tratado Constitucional Europeo, por lo tanto y jurídicamente hablando, no afecta a la etapa final del proceso de reforma a partir de la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental, sino al inicio de dicho proceso, que arranca no de borradores preparados por y discutidos entre los gobiernos nacionales, con mayor o menor presencia de la Comisión según el clima de consenso imperante, sino de un proyecto por vez primera elaborado por

una Convención constituida al efecto, inspirada en el modelo seguido en la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta que, como veremos, fue solemnemente proclamada en Niza por el Consejo, el Parlamento y la Comisión, pero que no llegó a incorporarse al Tratado de la Unión tal y como ahora prevé el proyecto).

Dicha Convención, constituida en febrero de 2002, contó con ciento cinco miembros y sus respectivos suplentes, representantes del Parlamento Europeo, la Comisión y los Gobiernos y los Parlamentos de los Estados miembros y los países candidatos a la adhesión, asistiendo en calidad de observadores el defensor del pueblo europeo y representantes de los órganos consultivos europeos, a saber, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones; también se constituyó un Foro abierto a las organizaciones representantes de la sociedad civil (esto es: interlocutores sociales, medios económicos, organizaciones no gubernamentales, círculos académicos, etcétera), a las que se invitó a presentar contribuciones escritas a la Convención a través de la página web a tal fin abierta y a intervenir en la sesión plenaria convencional de finales de junio de 2002; en fin, las propias instituciones europeas crearon asimismo en la página web de la Unión «espacios de debate» abiertos a todos los ciudadanos.

La Convención, asistida por su propia secretaría, se organizó en torno de un presidium encargado de impulsar y orientar los trabajos del Pleno de la Convención a partir de los informes sobre distintas materias objeto de discusión, elaborados por grupos de trabajo y círculos de debate. También correspondió al presidium determinar la existencia o no de consenso en el seno de la Convención, tarea capital ésta, amén de dificultosa, habida cuenta de la no accidental ausencia de cualquier definición al respecto, lo que, descartada su obtención a través de una expresión formal del pleno o de una votación, desembocó en una práctica de concreción casuística del consenso en función de cada particular tema sometido a deliberación, y del origen y el peso de los convencionales decantados hacia una u otra posición.

Así las cosas, el presidente de la Convención, Giscard d'Estaing, presentó el 20 de junio de 2003 al Consejo Europeo, reunido en Tesalónica, una primera entrega de los resultados de la Convención, dedicada a las Partes I y II del proyecto de tratado constitucional, completada apenas un mes después con la presentación del resto, esto es, las Partes III y IV, ante la presidencia pro-tempore de la Unión para su discusión, como

adelanté, en el marco de la Conferencia Intergubernamental recién inaugurada en octubre.

Antes de pasar a analizar someramente el contenido del proyecto, conviene insistir en la precisión de que es la Conferencia Intergubernamental la que, en términos jurídicos, tiene la última palabra al respecto; cuestión distinta es que el peso, en términos políticos, del «método convencional» seguido en la elaboración del proyecto (método que el propio proyecto consagra para futuras reformas), pueda reducir el margen de maniobra de los gobiernos nacionales a la hora de plantear enmiendas al texto presentado, en un marco, además, de premura autoimpuesto por el mencionado Consejo Europeo de Tesalónica, que acordó que la Conferencia debía concluir sus trabajos lo antes posible, con antelación suficiente para dar a conocer sus conclusiones antes de las próximas elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2004.

De hecho, el referido margen de maniobra ya ha intentado ser reducido al máximo por los «grandes» (esto es, por Francia, Alemania, Italia y Reino Unido), ante el rechazo por España, apoyada por Polonia (únicos Estados «medios» de la futura Unión), de la modificación introducida en el cálculo de la mayoría cualificada en el seno del Consejo, con el cambio del actual sistema de voto ponderado, tan trabajosamente acordado en las negociaciones de la última reforma operada en virtud del Tratado de Niza, por un sistema de estricto porcentaje de población, en virtud del cual dicha mayoría cualificada se alcanzaría cuando cuente con el respaldo de una mayoría de Estados miembros que represente al menos el sesenta por ciento de la población total de la Unión.

\*\*\*

Entrando ya en el contenido del proyecto de tratado constitucional, hay que comenzar señalando que, como adelanté, consta de cuatro partes, precedidas de un Preámbulo, dedicadas a: los valores, objetivos y principios esenciales de la Unión (Parte I); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (Parte II); las políticas y funcionamiento de la Unión (Parte III, la más larga del proyecto, que no hace sino desarrollar la Parte I); y a una serie de Disposiciones Generales y Finales (Parte IV).

A ello deben añadirse cinco Protocolos y tres Declaraciones anejas que, conviene advertir, no cierran, ni mucho menos, el bloque constitucio-



nal de la Unión, pues queda toda una labor de adecuación al texto de la Convención de los treinta y siete Protocolos actualmente vigentes a los que en diversas ocasiones, caso del dedicado al Sistema Europeo de Bancos Centrales, remite el propio proyecto.

El producto resultante, pues, sigue estando lejos de la concisión que preside los textos constitucionales de los propios Estados miembros de la Unión: más de 450 artículos distribuidos a lo largo de las cuatro mencionadas partes de que consta el proyecto (59 la I, 54 la segunda, 349 la III y 10 la IV), a los que deben sumarse los de los protocolos anejos. Ello no obstante, no debe desdeñarse el importante esfuerzo de simplificación llevado a cabo, tanto en términos cuantitativos (no hay que olvidar que el Tratado de la Unión, en la versión resultante de Maastricht, se aproximaba a los 700 artículos, protocolos aparte), como, sobre todo, cualitativos (al superar la compleja presentación formal de tres Tratados constitutivos de las respectivas Comunidades Europeas, actuando bajo el paraguas de un cuarto Tratado correspondiente a una Unión desnuda de personalidad jurídica expresa).

Así las cosas, el proyecto apuesta claramente por la Unión como heredera única de la integración iniciada en los años cincuenta, al optar, expirada en julio de 2002 la vigencia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (única de las comunidades que nació por tiempo determinado), por la desaparición de la rebautizada por Maastricht Comunidad Europea, ahora absorbida por la Unión, y la reubicación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica al margen también de la Unión.

Adviértase que me he referido a la herencia del legado comunitario, descartando así conceptualmente aproximaciones al proyecto de tratado constitucional en términos revolucionarios: el proyecto no hace sino continuar la senda, tal y como recogía el Preámbulo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos». «En la certeza de que los pueblos de Europa», recoge ahora el Preámbulo del proyecto, «sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están resueltos a superar sus antiguas divisiones y, cada más estrechamente unidos, a forjar un destino común».

Y la manera de forjar ese destino común va seguir estando inspirada en la tradicional dinámica de una progresiva profundización en la integración, traducida en una intensificación y, en su caso, expansión de las reglas comunitarias o supranacionales de funcionamiento de la Unión en la gestión de las competencias cedidas por los Estados miembros.

Prueba de ello es el mismísimo primer artículo del proyecto, según el cual «la presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros confieren competencias para alcanzar sus objetivos comunes». Para lo cual, añade a continuación, «la Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que éstos le confieran».

Explícito, pues, el deseo de heredar un determinado *modus operandi*, dando continuidad sustancial a una expresión, el método «comunitario», que de otra forma habría corrido el riesgo de tener que asumir una relocalización reducida a los anales de la integración europea.

Y dicha herencia se asume, como adelantaba, en términos de intensificación y expansión de la integración que se pretende sean más coherentes y sistemáticos.

Así, frente a la clásica presentación de la Unión como un templo griego asentado sobre tres pilares bien diferenciados, a saber, el supranacional comunitario y los intergubernamentales dedicados a la Política Exterior y de Seguridad Común, y a la Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior, cuya nítida separación comenzó a difuminar, sobre todo por lo que a este tercer y último pilar se refiere, el Tratado de Amsterdam, el proyecto propone una visión más uniforme de la Unión, concentrada en sus aspectos supranacionales, matizados a más y a menos en un marco común cual es el Título V de la Parte I, dedicado al «Ejercicio de las Competencias de la Unión».

El punto de partida va a ser, pues, dicho Título V, que, tras presentar bajo la rúbrica de «Disposiciones comunes» los instrumentos jurídicos reconocidos a la Unión para ejercitar las competencias otorgadas, inspirados en la metodología comunitaria, va a matizar a continuación, por la vía de «Disposiciones Particulares», su desenvolvimiento en el terreno de la Política Exterior y de Seguridad Común (incluida como parte integrante suya la Política Común de Seguridad y Defensa) y en el terreno, fertilizadas las semillas del que fuera tercer pilar de la Unión, del «constitucionalmente» bautizado como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; particularidades éstas «a menos» en términos supranacionales, a las que van a acompañar particularidades «a más» recogidas en un capítulo dedicado a las «cooperaciones reforzadas», cuya finalidad, como apunta su propia denominación y expone el articulado, consiste en «impulsar los

objetivos de la Unión, proteger sus intereses y *reforzar su proceso de integración*».

No perdamos de vista, por lo demás, que este esfuerzo en aras de una mayor clarificación en el proceso de cohesión conceptual de la Unión, se lleva a cabo en un más amplio contexto de clarificación del ejercicio del poder público europeo, así como de los límites de dicho ejercicio de cara al ciudadano, aspectos que son los que, como adelanté, acentúan el contenido «constitucional» del texto presentado a debate.

\*\*\*

En efecto, desde una perspectiva del ejercicio de ese poder público europeo a escala horizontal, esto es, atendiendo al propio aparato político de la Unión, el proyecto se esfuerza por delimitar más nítidamente, en términos inspirados en el principio de separación de poderes, unas funciones hasta ahora entremezcladas y no precisamente bien definidas en sus resultados, suavizando así -que no eliminando- el principio de equilibrio interinstitucional propio de la Unión.

Dicha operación se presenta fuertemente vinculada con un nuevo sistema de actos jurídicos de la Unión que, por vez primera, introduce expresamente la distinción (terminológica, orgánica y funcional), entre actividad legislativa y ejecutiva.

Así, el proyecto reserva a las nuevas leyes europeas y leyes marco europeas, sucesoras en cuanto a sus efectos de los actuales reglamentos y directivas, la regulación de «los elementos esenciales» del sector de turno; y lo hace sometiendo su adopción a un procedimiento general que, salvo muy determinadas especialidades, sitúa al Parlamento Europeo en posición de colegislador con un consejo funcionando en régimen de mayoría cualificada, sobre la base de propuestas procedentes de la Comisión.

Se mantiene, pues, la naturaleza claramente supranacional de la iniciativa legislativa (que el proyecto permite pueda llegar a ser activada cuando así lo solicite al menos un millón de ciudadanos procedentes «de un número significativo de Estados miembros»), al tiempo que se acentúa la pérdida del control intergubernamental sobre el proceso decisorio al casi generalizar el sistema de la mayoría cualificada en el seno del Consejo, en el marco de un procedimiento que también asume como propia la función colegisladora del Parlamento Europeo, en concordancia, como afirma el

primer artículo del tratado constitucional, con esa doble voluntad, de los ciudadanos y de los Estados de Europa, de construir un futuro común.

Más confuso, como evidenciaron los debates en el seno del Grupo de Trabajo de la Convención centrado en la simplificación de los instrumentos jurídicos de la Unión, se presenta el diseño de la actividad no legislativa o reglamentaria, con la incorporación de los novedosos «reglamentos delegados», que vienen a sumarse a los «reglamentos de ejecución». Mientras que los primeros sólo podrán ser adoptados por la Comisión y quedan sometidos a fórmulas de control directamente ejercitadas por el Consejo y por el Parlamento, los segundos podrán ser adoptados, además y «en casos específicos debidamente justificados», por el propio Consejo, previéndose, por otro lado, el establecimiento de regímenes de control por parte de los Estados miembros cuando la ejecución, siguiendo la regla general, corresponda a la Comisión.

Si bien el proyecto marca alguna diferencia funcional entre ambos tipos de reglamento, permitiendo solamente a los delegados modificar «determinados elementos no esenciales de la ley o la ley marco», lo cierto es que ambos, delegados y ejecutivos, pueden ser llamados a completar el contenido legal, lo que parece situarnos en el terreno de la discrecionalidad del legislador a la hora de optar entre unos u otros, guiado en su elección por la fórmula de control que busque imponer sobre el ejercicio de la delegación, así como por la viabilidad y oportunidad de una posible regulación en cascada, desde el propio nivel europeo, del sector de que se trate, habida cuenta que los reglamentos de ejecución pueden ser llamados a completar el contenido no sólo de leyes sino también de reglamentos delegados.

En todo caso, el proyecto aporta clarificación, se insiste, al marcar una línea divisoria entre actividad legislativa y actividad reglamentaria, reservando aquélla, en la línea de las tradiciones jurídicas occidentales, para, desde una perspectiva funcional, trazar las pautas esenciales de intervención en las políticas sectoriales o regular aspectos de relevancia constitucional; y, desde una perspectiva orgánica, reforzar la legitimidad democrática de la Unión al concentrar la producción legislativa *stricto sensu* en las instituciones -Consejo y Parlamento- que representan a los Estados y a los ciudadanos en los que aquélla se fundamenta.

Esta clarificación, por lo demás, tiene prolongaciones saludables en otros terrenos, manifiestamente en el del acceso a la justicia europea por los particulares, hasta ahora imposibilitados para impugnar directamente

ante Luxemburgo normas comunitarias, cualquiera que sea su naturaleza, habida cuenta de su actual indefinición, esto es, de la actual ausencia de una línea divisoria entre actividad legislativa y actividad reglamentaria; tal imposibilidad, dudosamente compatible con una moderna lectura del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, es corregida por el proyecto, que aprovechando la introducción de la mencionada línea divisoria entre actividad legislativa y reglamentaria, reconoce, en una de las pocas reformas introducidas en lo concerniente al sistema jurisdiccional de la Unión, la legitimación de los particulares para impugnar «actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

Y si clarificador resulta el proyecto en lo concerniente al ejercicio del poder público europeo a escala horizontal, esto es, atendiendo al propio aparato político de la Unión, otro tanto cabe decir del ejercicio de ese poder en términos verticales, esto atendiendo al reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

\*\*\*

En efecto, sabido es que la integración europea siempre ha estado, y sigue estándolo con el tratado constitucional, presidida por el principio de atribución de competencias, que implica, tal y como reza actualmente el Tratado de la Comunidad Europea, obligación de actuar «dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna».

También es conocida, por otro lado, la actividad que cuanto menos al límite de sus atribuciones, desarrolló la Comunidad y la reacción frente a ella a través de la consagración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por el Tratado de Maastricht que al mismo tiempo provocó, con ocasión de su ratificación por Alemania, la amonestación al Tribunal de Justicia por un Tribunal Constitucional Federal receloso hacia lo que consideraba una actitud en exceso permisiva frente al aparato político europeo en el terreno competencial.

Este panorama, en gran parte debido a la ausencia de una diáfana delimitación de competencias entre la Comunidad y sus miembros, con repercusiones internas particularmente intensas en los Estados de naturaleza federal (especialmente en Alemania), propició el debate acerca de una mayor clarificación al respecto, plasmada en el proyecto de tratado

constitucional a través, por un lado, del énfasis, a mayor abundamiento, en que «toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros»; y por otro lado, de la categorización, hasta hoy tan sólo apuntada vía jurisprudencial, de las distintas competencias atribuidas a la Unión.

Distingue así el proyecto entre competencias exclusivas, competencias compartidas, y competencias de apoyo, coordinación o complemento, enunciando las políticas pertenecientes a cada categoría competencial al tiempo que mantiene al margen de la categorización, habida cuenta de sus fuertes matices intergubernamentales, la política exterior y de seguridad común.

Por lo que se refiere a las competencias exclusivas (que presiden la política monetaria en la zona euro, la política comercial común, la unión aduanera y la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común), implican una atribución de toda la capacidad normativa a la Unión, correspondiendo a los Estados miembros facultades de pura ejecución o aplicación (salvo que la propia Unión les habilite para legislar).

Las acciones de apoyo, coordinación o complemento (pues así se denominan, «acciones», con el fin de resaltar la intensidad limitada de las medidas que puede adoptar la Unión), se inspiran, por su parte, en la cohabitación normativa, diferenciando el proyecto entre ámbitos en los que la intervención de la Unión no podrá acarrear armonización de los ordenamientos nacionales (a saber: industria, salud humana, educación, formación profesional, juventud, cultura, deporte y protección civil) y ámbitos en los que la intervención de la Unión debe marcar orientaciones o directrices a los Estados miembros (a saber, los referidos a sus políticas económicas y de empleo).

Las competencias compartidas, en fin, se extienden, sobre una base residual, a los demás ámbitos cubiertos por el tratado constitucional, algunos de los cuales, los principales, son expresamente enunciados sin pretensión de exhaustividad. Tales competencias conllevan el reconocimiento de la preeminencia de la Unión, habida cuenta que se especifica, los Estados miembros sólo podrán legislar con cierta autonomía en tanto en cuanto la Unión no haya ejercitado su poder normativo, o haya decidido dejar de hacerlo. Lo dicho, con la salvedad de los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, respecto de los cuales, igual que los referidos a la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, matiza el proyecto que el ejercicio por la Unión de su competencia, en

su caso armonizadora, no podrá tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercitar sus propias políticas nacionales.

\*\*\*

Pasando finalmente a abordar la cuestión de los límites al ejercicio del poder público europeo, ha de resaltarse que el tratado constitucional marca un hito en la historia de la integración europea, al incorporar como parte de su articulado un catálogo escrito de derechos fundamentales.

Se otorga así valor jurídico vinculante, y con el más alto rango normativo, a la Carta de Derechos Fundamentales, a la que me referí al inicio de mi disertación, en su momento elaborada por una Convención constituida al efecto y poco después proclamada de forma solemne - que no incorporada al Tratado de Niza- por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

Sabido es que hasta ese momento, el poder público europeo, incluidos los Estados miembros en cuanto brazos ejecutores del derecho comunitario, actuó limitado por derechos fundamentales configurados vía pretoriana; esto es, a golpe de sentencia de un Tribunal de Justicia inspirado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y por instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, muy particularmente, dado su ámbito regional, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950, en el marco del Consejo de Europa.

Respaldado el Tribunal en su actuación por las instituciones políticas comunitarias, llegó un momento en que el Consejo Europeo, reunido en Colonia en junio de 1999, consideró que «la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance».

En aras, pues, de una mayor «visibilidad», surgió el mandato de redactar un catálogo escrito de derechos, habida cuenta que, en efecto, no es lo mismo para el ciudadano, siquiera auxiliado por el experto de turno, moverse en el terreno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e incluso, en ausencia de ella, en el difuso contexto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los, generalmente incompletos en cuanto a su ámbito de protección, instrumentos internacionales en materia de derechos

humanos, que contar con un texto de referencia que dé entrada, concrete y sintetice con vocación de integridad las unas y los otros (y no otra cosa hizo la Carta, tanto en lo concerniente a sus fuentes de inspiración como en lo relativo a la amplitud de su contenido, que abarcó tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales).

Centradas las negociaciones de Niza en el objetivo de la reforma estructural de la Unión para evitar su colapso ante la avalancha de nuevos Estados miembros, se decidió, como adelanté, aparcarse la cuestión de la incorporación de la Carta al articulado del nuevo Tratado, dejándola en el ambiguo limbo de las solemnes proclamaciones políticas; no obstante lo cual, los Estados miembros dejaron clara, en una Declaración sobre el Futuro de la Unión, su voluntad de revisar, con ocasión de la Conferencia Intergubernamental entonces ya prevista para 2004, el estatuto de la Carta.

Y no otra cosa hizo a este respecto la Convención, que, asumiendo la propuesta del Grupo de Trabajo constituido al efecto, optó por su incorporación al texto del tratado constitucional como Parte II de él, precedida de un específico Preámbulo que viene a sumarse al general que preside todo el tratado; específico Preámbulo que, por cierto, ha sido retocado en el sentido de otorgar un inusual valor a los trabajos preparatorios, al establecerse que «los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del Presidium de la Convención que [la] redactó».

Consecuencia inmediata de tal incorporación de la Carta al articulado del tratado constitucional, es la instauración de su fuerza obligatoria, en el bien entendido de que, a día de hoy, a pesar su desnudez de efectos vinculantes, la Carta ha venido desplegando claros efectos jurídicos de carácter interpretativo, pues su actual estatuto no ha impedido su utilización en Luxemburgo como herramienta inspiradora esencial a la hora de seguir configurando, vía pretoriana, los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

Es más, incluso no han faltado altos tribunales de los Estados miembros, como es el caso del Tribunal Constitucional español, que no han dudado en recurrir a la Carta a los efectos hermenéuticos puramente internos, y subrayo puramente internos, de concretar el alcance de derechos fundamentales consagrados en los respectivos textos constitucionales, en lo que constituye una manifestación de ese otro papel que ha venido desempeñando el derecho europeo y al que precisamente dediqué, hace ya muchos años, mi tesis doctoral, consistente en, más allá de imponer la armonización de los derechos nacionales en los sectores de la



vida jurídica y económica interna por él cubiertos, actuar como un molde, a modo de *ius commune* de corte público, al que voluntariamente se van acomodando, de manera progresiva y asistemática, unos Estados miembros que continúan elaborando y aplicando en los -cada vez menos- ámbitos no cedidos a la Unión su *ius publicum proprium*, pero ya no de forma aislada, sino a la luz de ese *mos europaeus* fruto, como inspiradamente señalara García de Enterría, de «*la libre circulación de las ideas y de las técnicas jurídicas que esta segunda mitad de siglo ha consagrado, junto a la libre circulación de las personas, los bienes, los capitales y los servicios*».

Volviendo sobre la operación de incorporación de la Carta al articulado del tratado constitucional, puede resaltarse que, descartada la opción en algún momento barajada de establecer una vía procesal específica de protección de los derechos en ella garantizados, a modo del recurso de amparo alemán o español, se han introducido ligeras modificaciones dirigidas, en primer lugar, a aclarar que no todo lo incluido en la Carta son derechos fundamentales, de manera que ésta también abarca principios a concretar por el poder normativo, condición imprescindible para desplegar sus efectos de orden interpretativo y, llegado el caso, reaccionar frente a concreciones legislativas incompatibles con su esencia.

También destacan, en segundo lugar, los retoques que buscan asimismo aclarar, más aún si cabe, la falta de vocación universal de la Carta, de manera que ni la Unión puede actuar, so pretexto de ella, más allá de los ámbitos competenciales atribuidos (con otras palabras, la Carta no conlleva una política sectorial autónoma en materia de derechos humanos), ni los Estados miembros quedan vinculados por ella fuera de dichos ámbitos competenciales (o lo que es igual, traducido en términos positivos y con palabras de la propia Carta, los Estados sólo están obligados a respetarla «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»). Puntualizaciones que deben matizarse en el sentido de que, si bien es cierto que la Carta no persigue ampliar el radio competencial de la Unión ni a efectos armonizadores ni a efectos de control sobre los Estados miembros, no lo es menos que, desde la reforma de Amsterdam, la Unión cuenta con un poder-deber de vigilancia general sobre éstos, reforzado con la reforma de Niza y mantenido con el proyecto, referido al respeto de los valores sobre los que asienta la Unión, a saber, la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos humanos, cuya violación grave y persistente, incluso producida en

ámbitos sectoriales, en principio, ajenos a la Unión, puede desembocar en la suspensión de los derechos de pertenencia a ésta. A lo que debe añadirse, desde una perspectiva *ad extra*, la necesidad de respetar los mencionados valores como *conductio sine qua non* para ingresar en la Unión, llamada a su vez a afirmar y promocionar dichos valores en sus relaciones con el resto del mundo.

Pueden traerse a colación, en fin, aclaraciones y previsiones novedosas introducidas en la Parte I del proyecto, conectadas con la Carta y tendientes a descartar un ensimismamiento de la Unión en torno a ella. Así, por un lado y en reconocimiento a la labor hasta ahora desarrollada por el Tribunal de Justicia, el proyecto proclama que, además de los derechos fundamentales incluidos en la Carta, también forman parte del Derecho de la Unión, como principios generales, los derechos garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros; por otro lado, el proyecto invita a una adhesión de la Unión al recién mencionado Convenio, abriendo así las puertas a un saludable control extraordinamental a ejercitar por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.

Y dado que más importante que la salud de la Unión es para mí la salud de ustedes, queridos y pacientes oyentes hacia quienes extendiendo mi gratitud por haberme arropado en este emotivo acto, procedo a adelantarme en la aplicación del art. 4º de la Carta, que prohíbe el sometimiento a tortura o tratos inhumanos o degradantes, lo que podría llegar a ser el caso de prolongar mi disertación a estas alturas de la ya casi noche.

Pongo, pues, punto y final a la misma.

Muchas gracias.

# LA COMUNIDAD CENTROAMERICANA. SU SISTEMA JURÍDICO INSTITUCIONAL

por JORGE ANTONIO GIAMMATTEI AVILÉS \*

**SUMARIO:** Introducción. I. Centroamérica y la Comunidad Centroamericana. II. Antecedentes históricos, económicos, políticos. III. El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Sus órganos fundamentales. IV. Estado actual de la integración. Conclusiones.

## Introducción

*« ... busco lo que no encuentro y encuentro  
lo que no busco »*

*(refrán hindú)*

Señoras y señores:

Debo, en primer término, expresar mi gratitud a quien al proponerme para ser miembro de esta augusta Academia ha logrado ese propósito, que hoy me permite estar en este recinto nada menos que en la celebración de sus 63 memorables años de existencia y en la de los 150 años de la Constitución de esta noble Nación.

---

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en El Salvador, pronunciado el 25 de noviembre de 2003, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

En igual forma debo agradecer a los señores miembros de número de la Academia, en las personas de su honorable presidente doctor Olsen A. Ghirardi, del señor vicepresidente doctor Ricardo Haro y del señor secretario doctor Ernesto Rey Caro, el haber aprobado mi ingreso como académico correspondiente extranjero, lo cual, además de una distinción a mi persona, honra a Centroamérica y a mi país de origen: El Salvador.

La presente intervención para el tiempo previsto, la he dividido en cuatro secciones independientes a fin de que podamos tener, junto con el video exhibido, una mirada de conjunto y lo más completa posible sobre lo que es la Comunidad Centroamericana y su marco jurídico institucional. Así, expondré sobre los antecedentes históricos (económicos y políticos) de Centroamérica, de la Comunidad Centroamericana y de su Sistema de Integración (SICA), y sobre su estado actual, para terminar con un breve apartado a título de Conclusiones.

## **I. Centroamérica y la Comunidad Centroamericana**

### *I.1. Centroamérica*

Los Estados Miembros que actualmente integran la Comunidad Centroamericana: Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, constituyen una unidad geográfica que según el destacado jurista Hugo Lindo, en su obra *«La integración centroamericana ante el derecho internacional»* (págs. 45 y 46), citando al guatemalteco Alberto Herrarte dice: *«porción privilegiada del planeta... envidiable por su posición geográfica, la fertilidad de sus suelos, la bondad del clima y la pureza de sus aguas... región de la eterna primavera... Flor de Pascua en la cintura de América...»*. Parte del Istmo de Tehuantepec y llega hasta el fin del Istmo de Panamá constituyendo un istmo en sí misma, que limita al norte con México y el océano Atlántico en la zona del Mar Caribe, y al sur, con Colombia y el océano Pacífico, formando un puente natural que une por tierra a Norte América y Sur América y que sirve además, como eje de las comunicaciones aéreas y marítimas entre Europa, Asia, Africa y Oceanía.

En 1815, antes de nuestra independencia patria de España, el Libertador Simón Bolívar, en su Carta de Jamaica escribió: *«Los Estados del*

*Istmo, de Panamá hasta Guatemala, formarán quizás una asociación. Esta magnífica posición entre los dos grandes mares, podrá ser con el tiempo el emporio del Universo, sus canales acortarán los lazos comerciales de Europa, América y Asia; traerán a tan feliz región los tributos de las cuatro partes del globo, acaso sólo allí podrá fijarse algún día la capital de la tierra, como pretendió Constantino que fuese Bizancio la del antiguo hemisferio».*

Calcúlase la superficie de la Comunidad Centroamericana en, aproximadamente, 500.000 kms.<sup>2</sup> y su actual población en 40.000.000 de habitantes. Además, ha sido ya aprobada la incorporación de República Dominicana, con lo que su superficie se ampliará en 48.442 kms.<sup>2</sup> y su población en 8.100.000 habitantes.

En cuanto a lo económico, el Producto Interno Bruto para la Región en 2002 fue de U\$S 72.091.000 millones de dólares americanos. El total de importaciones fue de U\$S 25,045.77 millones y sus exportaciones sumaron U\$S 15,912.70 millones, siendo los Estados Unidos su principal socio comercial, el cual exportó en el mismo período a la Región 9.000 millones, igualando el nivel total de las exportaciones realizadas por ese país a Rusia, India e Indonesia juntas.

## *1.2. La Comunidad Centroamericana*

Si partimos de la idea que una Comunidad de Estados se gesta basada en la existencia de una identidad cultural común, a recursos también comunes y a constantes problemas políticos internos de convivencia, que se desean resolver sobre el fundamento de una solidaridad de hecho y de una participación común de los mismos valores y expectativas, encontramos que ésta, como es el caso de la Comunidad Centroamericana, tiene un maravilloso patrimonio o acervo comunitario que se ha ido acumulando en toda su existencia.

Como antecedentes de su reconocimiento formal como Comunidad de Estados, se puede señalar, en primer término, la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos o «Carta de San Salvador» de 1951, que en su encabezado manifestaba: «Los Gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, inspirados en los más altos ideales centroamericanistas, deseosos de alcanzar el más provechoso y

fraternal acercamiento entre las repúblicas de la América Central, y seguros de interpretar fielmente el sentimiento de sus respectivos pueblos; y CONSIDERANDO: Que las repúblicas centroamericanas, partes disgregadas de una misma nación, permanecen unidas por vínculos indestructibles que conviene utilizar y consolidar en provecho colectivo...».

En segundo término, la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, de 1962, que sustituyó a la anterior, estableció como sus *finés*, en su art. 1º.- «Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala son una Comunidad económico-política que aspira a la integración de Centroamérica. Con tal propósito se ha constituido la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)».

Por su parte, el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), suscrito en esa ciudad el 13 de diciembre de 1991, en la cual ya se incorpora Panamá como Estado Miembro, declara, como se hizo en la Carta de la ODECA, que los Estados suscriptores «son una comunidad económica-política que aspira a la integración de Centroamérica».

La simple lectura de las disposiciones anteriores nos conduce objetivamente a la existencia real y legal de una Comunidad de Estados que busca su integración económica-política. Debe destacarse que, a partir de ese reconocimiento, estamos frente a una Comunidad de Estados, es decir, de un «ente político» con vida propia, diferente a la de los Estados Miembros que la integran. Además, en los arts. 3º literal g, 8º y 1º de las Disposiciones Transitorias del referido Protocolo ya se le denomina a ese nuevo ente político como Centroamérica, y como marco institucional de ese proceso de integración se crea un Sistema que cuenta con sectores o subsistemas: económico, social, cultural, político y ambiental<sup>1</sup>.

Puede observarse, por su proceso de integración económico-político aún no terminado, que a la Comunidad Centroamericana o Centroamérica no se le dota de personalidad jurídica. En cambio, tal como se define en la segunda parte del art. 1º y art. 2º del Protocolo de Tegucigalpa en relación con su art. 29, se constituye el Sistema de la Integración Centroamericana SICA, al que sí se dota de personalidad jurídica para que actúe en representación de esa Comunidad, bien por sí mismo o por medio

---

<sup>1</sup> Art. 31, literales b) y h).

de los órganos supranacionales centroamericanos que ahí se establecen como su marco institucional. Proceso similar al actual de la Unión Europea que lo hace hasta ahora por medio de la Comunidad Europea, según algunos destacados autores.

Desde el momento de la vigencia del Protocolo de Tegucigalpa <sup>2</sup>, en el que se reconoce la existencia de la Comunidad económica-política de Centroamérica, se puede, con toda propiedad, empezar a hacer referencia a la «Centroamérica Comunitaria», que ha creado como su marco institucional el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y dentro de él, entre otros, como órgano fundamental de éste, un Tribunal, la Corte Centroamericana de Justicia <sup>3</sup>, al que, básicamente, se le atribuye la facultad de garantizar el respeto al derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa, de sus instrumentos complementarios y de sus actos derivados.

Este Tribunal que tengo el honor de presidir y que en su Convenio de Estatuto, en el art. 6º, se declara que representa la conciencia nacional de Centroamérica y se le considera depositario y custodio de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana, además de su función jurisdiccional, al igual que esta ilustre Academia, conlleva el propósito de difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales, en especial las relacionadas a los procesos de integración <sup>4</sup>, así como estudiar las cuestiones vinculadas con ellas, para lo cual ha creado el «Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración Dr. Roberto Ramírez», y celebrando con universidades e instituciones de estudio de post-grado, en toda América y en Europa, convenios de asistencia y colaboración encaminados a esos objetivos.

En el mismo sentido, ha elaborado un Programa de Post-grado de Derecho Judicial para universidades y escuelas judiciales de la región. por otra parte, con la autorización de su autora, la jurista venezolana doctora Carmen Elena Crespo de Hernández, ha donado a las Cortes

---

<sup>2</sup> Entró en vigencia el 23 de julio de 1992.

<sup>3</sup> Art. 12, antepenúltimo inciso, Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA).

<sup>4</sup> Art. 22, literal I, del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

Supremas de Justicia de Centroamérica, República Dominicana, Paraguay y Argentina, entre otros países, un Programa de Informática para resolver la mora judicial en el caso de los reos detenidos sin condena, en un solidario afán de contribuir a resolver uno de los problemas más señalados de nuestros sistemas de administración de justicia.

## II. Antecedentes históricos

### II.1. *Económicos*

Considerando que el actual Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) es el resultado de la readecuación y actualización del marco jurídico de la ODECA, es necesario hacer referencia a sus antecedentes más inmediatos, empezando por la Reunión, de México de junio de 1951, celebrada por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para la América Latina (CEPAL), con los Estados de Centroamérica, en la que se logró una resolución en el sentido de que la CEPAL fuera participe en el desarrollo agrícola, industrial y de transporte.

Como consecuencia, en 1952, por los países de la Región, se constituyó el Comité de Cooperación Económica integrado por sus ministros de Economía y Hacienda, quienes lograron en 1960, se firmara el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, el cual creó el Mercado Común Centroamericano <sup>5</sup>, a desarrollarse en varias etapas gradual y progresivamente. En esa época, además, fue suscrito el Estatuto del Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) <sup>6</sup> y creada la Secretaría Permanente del Tratado antes referido (SIECA), ambos fuertes baluartes que han soportado todas las conmociones políticas, económicas y bélicas de la región y que son testimonio palpable de que puede más el deseo de unión de los centroamericanos, que las circunstancias que nos puedan conducir en sentido opuesto.

---

<sup>5</sup> Art. I, Tratado General de Integración Económica Centroamericana

<sup>6</sup> Suscrito el 13 de diciembre de 1960.



Como es de todos conocido, por causas intrínsecas evidenciadas por las dificultades entre El Salvador y Honduras en 1969, y otras propiamente extrínsecas, el proceso de integración económica iniciado a instancias de la CEPAL en 1951, colapsó, llevando consigo los avances que la integración a nivel político había logrado con la suscripción y vigencia de La Carta de San Salvador que creó la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) a la cual nos referimos a continuación.

## II.2. Políticos

### *Carta de San Salvador*

Esta integración política se inició en 1951, cuando el ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador, invitó a sus homólogos a una reunión <sup>7</sup>, a la cual se sucedieron otras; y finalmente se logró suscribir la Carta de San Salvador el 14 de octubre del mismo año.

Se ha querido traer a relación todo lo anterior para tener presente lo que había quedado en suspenso en materia de integración, tanto en lo económico como en lo político desde 1969. Si bien se habían realizado algunos intentos de reactivación del proceso y en alguna forma esto se había logrado con tratados bilaterales o multilaterales de comercio, era evidente que Centroamérica, como aspiración latente en todos, seguía postrada; esto, no obstante que aún la animaban instituciones como el

---

<sup>7</sup> En el párrafo III del memorando que el canciller Canessa giró a sus homólogos centroamericanos junto a la convocatoria para el 8 de octubre de 1951 a la reunión en donde se abordaría el análisis de la posibilidad de crear un organismo internacional se lee «... crear una organización centroamericana que, inspirada en los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y basada en el respeto mutuo y en el principio de no intervención, pudiera dedicarse al estrechamiento de los lazos de fraternidad entre los cinco Estados y servir como instrumento para el estudio y solución de sus problemas comunes». René Alberto LANGLOIS, *Comentarios al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)*, Managua, Nicaragua (en proceso de publicación).

Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), la Secretaría Permanente de la Integración Económica Centroamericana (SIECA), la Comisión Centroamericana de Transporte Marítimo (COCATRAM) y otros organismos de la integración que se resistían a desaparecer.

Si a lo anterior le agregamos la situación política y bélica de los últimos años de la década de 1970 y la de 1980 a 1990, se comprenderá mejor la situación en la que se encontraban los presidentes de las repúblicas centroamericanas cuando por iniciativa propia, en Esquipulas, Guatemala, en agosto de 1987, suscribieron el instrumento denominado «Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica», también conocido como «Esquipulas II»<sup>8</sup>.

En opinión del Dr. Juan Ricardo Ramírez Rauda, ex parlamentario centroamericano, este esfuerzo, apoyado por la Comunidad Europea, auspiciaba soluciones político-diplomáticas y demostraba mayor imaginación y espíritu democrático con iniciativa en pro de la paz, los derechos humanos y la creación de organismos y foros latinoamericanos, que la solución militar que patrocinaba Estados Unidos. En sus palabras: «El Plan Arias nunca satisfizo a la política norteamericana en Centroamérica. A tal grado llegó su oposición, que 24 horas antes de su aprobación por los cinco presidentes de Centroamérica, se presentó precipitadamente un plan alternativo, producto de negociación bipartidaria, el plan Reagan-Wright, que juiciosamente los presidentes declinaron conocer. Esquipulas II, pues, nació como una gallarda reafirmación de independencia, inadmisibles en «su traspatio» pero que tuvo que soportar la Casa Blanca y consentirla. La forma al menos fue un triunfo diplomático de la política europea sobre la política norteamericana en el Istmo».

Descriptos así, sucintamente, los marcos históricos y económico-políticos de los procesos de integración de Centroamérica, se pasará a analizar el medio por el que vive, se expresa y tiene vigencia la Comunidad Centroamericana o Centroamérica o sea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

---

<sup>8</sup> II Cumbre de Presidentes Centroamericanos, Antigua Guatemala, República de Guatemala, 7 de agosto de 1987.

### **III. El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Sus órganos fundamentales**

La estructura administrativa del SICA está conformada por los órganos establecidos o reconocidos en el Protocolo de Tegucigalpa como son:

1. La Reunión de Presidentes, integrada por los presidentes constitucionales de los Estados Miembros.

2. El Parlamento Centroamericano, integrado por diputados electos por voto popular y por los ex presidentes y ex vicepresidentes de los Estados centroamericanos cuando éstos concluyen sus correspondientes mandatos presidenciales.

3. La Corte Centroamericana de Justicia, integrada por uno o dos magistrados titulares por cada uno de los Estados suscriptores del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Cada magistrado titular tiene su respectivo suplente.

4. El Comité Ejecutivo, integrado por un representante de cada uno de los Estados Miembros, nombrados por sus presidentes por intermedio de los ministros de Relaciones Exteriores.

5. La Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República, integrada por un vicepresidente o designado a la Presidencia de la República por cada Estado Miembro. Cuando son varios los vicepresidentes o los designados a la Presidencia, le corresponde al respectivo Congreso o Asamblea Legislativa hacer la designación.

6. El Consejo de Ministros, se integra con la participación de todos los ministros respectivos y, en caso extraordinario, por un viceministro debidamente facultado para ello, correspondiendo la presidencia de este órgano al ministro del ramo del Estado Miembro que sea el vocero de Centroamérica.

7. El Comité Consultivo, se integra con los representantes de los sectores empresarial, laboral, académico y otras fuerzas vivas del Istmo Centroamericano representativas de los sectores económicos, sociales y culturales, comprometidos con el esfuerzo de integración centroamericana; y,

8. La Secretaría General, que está a cargo de un secretario general, nombrado por la Reunión de Presidentes para un período de cuatro años. El secretario general del SICA es el funcionario administrativo de rango más alto y a quien le corresponde la representación legal del Sistema.

Todos estos órganos son distintos e independientes de cualesquiera de los de los Estados Miembros y todos ellos tienen como objeto principal

consolidar un sistema regional de bienestar, desarrollo sostenido y justicia para los pueblos centroamericanos.

El Sistema de la Integración Centroamericana cumple con sus propósitos actuando de acuerdo al principio de legalidad, el cual implica el irrestricto apego al marco jurídico establecido, lo que conduce a la seguridad jurídica y a la promoción de los principios del Estado de derecho, indispensables también en toda comunidad de Estados en proceso de integración.

El SICA, como se ha afirmado anteriormente, posee una personería jurídica propia y distinta a la de los Estados Miembros, imprescindible para el cumplimiento de su objetivo fundamental como es la integración de Centroamérica para constituir la en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo, aspiración de la IX Reunión de Presidentes Centroamericanos convocada del 15 al 17 de diciembre de 1990 en Puntarenas, Costa Rica. Esta misma personería le da autonomía jurídica propia, que le permite, en el campo de su competencia, negociar y celebrar tratados o acuerdos con terceros Estados, subregiones y organizaciones internacionales; y como la intención de las partes al celebrar un tratado es el producir efectos jurídicos, dichos efectos son múltiplemente vinculantes; además de obligar al SICA, obligan a sus Estados Miembros tanto en la relación con los terceros Estados, subregiones y/u organizaciones internacionales concernidos, como con el Sistema mismo, ya que de acuerdo al Protocolo de Tegucigalpa, los Estados Miembros deben cumplir sus obligaciones de buena fe. Estos últimos tienen, en esa forma, la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de los tratados suscritos y que han entrado en vigor para el SICA.

El SICA, al tener existencia jurídica propia y distinta a la de los Estados Miembros, puede mantener relaciones directas en la esfera de sus atribuciones, con otros sujetos de derecho internacional actuando por su propio derecho y no por mandato o delegación de otros.

La personalidad jurídica del SICA no es amplísima como la de los Estados que lo integran. Se ciñe a la especialidad para la cual fue concebida: lograr la integración de Centroamérica. Se trata de una personalidad jurídica que los autores han dado en llamar «funcional»<sup>9</sup> ya que

---

<sup>9</sup> René Alberto LANGLOIS, *Comentarios al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)*, Managua, Nicaragua (en proceso de publicación).

sus derechos y sus deberes internacionales dependen de los fines y de las funciones enunciados en su estatuto constitutivo. En otras palabras, la personalidad del SICA es la necesaria para el ejercicio de sus funciones y el alcance de sus propósitos y fines.

Mención especial dentro del Sistema SICA, merece uno de sus órganos fundamentales: el «Comité Ejecutivo», que debe integrarse con un representante de cada uno de los Estados Miembros, nombrados por sus presidentes. De la forma de su nombramiento y de las atribuciones que en el art. 24 se les señalan, se colige que sus obligaciones y facultades esenciales son el darle representación, continuidad y proyección al proceso de integración. Realmente, por lo establecido en el art. 24 literal b) del Protocolo de Tegucigalpa de: «Velar porque se cumplan las disposiciones del presente Protocolo y de sus instrumentos complementarios o actos derivados», lo convierte en guardián de los tratados y, como tal, debe representar los intereses propios de la Comunidad Centroamericana y no los de los Estados Miembros que los designan. Algo similar a lo que acontece en la Unión Europea, con la Comisión Europea y los comisarios que la integran.

Por razones no expresadas pero que atribuimos a «miedos secretos» de que las cosas puedan llegar demasiado lejos, aún no son designados por los presidentes de los Estados Miembros quiénes deben integrarlo, no obstante el llamado constante que como representante de la conciencia nacional de Centroamérica, ha formulado la Corte Centroamericana de Justicia durante la vigencia de más de 10 años del Protocolo de Tegucigalpa.

Este Comité Ejecutivo, como representante de los intereses de la Comunidad Centroamericana, debe observar y recomendar al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores sobre la admisión de nuevos miembros al Sistema de la Integración Centroamericana (art. 31 del Protocolo de Tegucigalpa).

Volviendo al Protocolo de Tegucigalpa y en cuanto al término de su vigencia, el art. 36 señala que es de duración indefinida y que quedaba abierto a la adhesión de Belice, que ya lo hizo desde el 8 de diciembre de 2000. El art. 38 indica que no admiten reservas, como es propio de los tratados de integración, porque si no, se permitiría modificar por los congresos locales la esencia de lo convenido por los Estados suscriptores con miras a su integración comunitaria.

#### IV. Estado actual de la integración

He tenido a bien exponer en extracto lo formal del proceso de integración comunitario de Centroamérica y su sistema jurídico e institucional, para que nuestros hermanos mayores del sur puedan tener una sintetizada idea del proceso de integración en el que se encuentran inmersos los Estados centroamericanos que alguna vez conformaron la «audiencia de los confines», como también se le llamó a la Audiencia de Guatemala.

Nuestra historia independiente nos ha procurado experiencia en procesos de integración económica y política y dejado valiosas enseñanzas. También nos ha aleccionado acerca de lo que no debe hacerse. Estimo que esta experiencia y estas enseñanzas podrían ser referencia para quienes tienen responsabilidad de impulsar otros procesos de integración como el del Cono Sur.

En cuanto a las primeras, dicho sea con la modestia del caso, pretendo señalar algunos aportes trascendentes y de carácter universal que han emergido en nuestra región en materia jurídico-política en toda nuestra historia independiente. Así, en el Acta de Independencia de Centroamérica del 15 de septiembre de 1821, en el punto N° 4, se incluye expresamente la ciudadanía a los originarios del África; y, como un preámbulo de la Federación acordada en 1824, el 31 de diciembre de 1823 se acuerda la abolición de la esclavitud.

Una primera manifestación que se puede considerar como expresión de lo que es el Estado constitucional de derecho, la encontramos en palabras del doctor Francisco Barrundia, cuando entregó la presidencia federal de Centroamérica al general Francisco Morazán en Guatemala el 16 de septiembre de 1830, al decirle: «Ciudadano presidente: el concepto de nuestro gobierno, la felicidad pública, dependen de la respetuosa exactitud con que observareis y sostuviereis la Constitución. Su infracción produce su caída y la de todos nuestros derechos. Ella es la única norma, seguridad y ornamento del gobierno».

Como afirma Mauricio Herdocia Sacasa, ilustre jurista nicaragüense, ex miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y actual integrante del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, en su opúsculo *La obra de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el Quinquenio 1997-2001. El aporte global de América Latina*: «... la actual Corte Centroamericana de Justicia

*además de consagrar también el jus standi de los particulares como su antecesora, la Corte de Cartago de 1907*<sup>10</sup>, *permite a los individuos recurrir a ella en casos de violaciones a los derechos humanos, cuando tal violación deviene de un órgano, organismo o institución del sistema. Tiene también la potestad efectiva de resolver conflictos entre poderes de los Estados miembros*<sup>11</sup>, *es decir, entre el Legislativo, Judicial y Ejecutivo. Se trata de una de las competencias más avanzadas, además de la única conocida a nivel mundial en el terreno del fortalecimiento de la democracia...*

*De igual forma comprende la competencia de aquellos casos en los cuales de hecho no se respeten los fallos judiciales*<sup>12</sup>. *En el fondo, estamos realmente, en última instancia, ante una competencia -si no directa, al menos indirecta, de derechos humanos- por cuanto cada vez que un Estado irrespete un fallo que pase en autoridad de cosa juzgada, transgrede, al mismo tiempo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los ámbitos de garantías judiciales (art. 8º) igualdad ante la ley (art. 24) y protección judicial (art. 25)».*

Como una muestra más de los aportes de Centroamérica debo referirme a la doctrina social denominada «solidarismo», emanada en uno de nuestros Estados Miembros, que consiste, en resumen, en la creación de empresas auxiliares de la empresa principal, constituidas con participaciones de capital en condiciones de igualdad aportadas por sus propietarios y sus trabajadores, y a la que suministran bienes y servicios que demanda o necesita, logrando entre ellos la tan anhelada paz social. Esta nueva doctrina constituye una primicia de avanzada en las relaciones obrero patronales y una recta aplicación de la doctrina social que ha convertido a ese Estado Miembro en el país con menor índice de huelgas en el mundo.

En cuanto a lo segundo, lo que no debe hacerse, no debo soslayar que dentro del proceso mismo incide como lastre que impide su desarrollo, la carencia de voluntad política por parte de los máximos responsables de impulsar la integración, los presidentes de los Estados Miembros, pudiendo

---

<sup>10</sup> Establecida por la Convención para el Establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana del 20 de diciembre de 1907.

<sup>11</sup> Art. 22, literal f, Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

<sup>12</sup> Art. 22, literal f, Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

afirmarse que en estos momentos se encuentra literalmente en suspenso y estancada, si no en involución, no obstante las declaraciones de quienes dicen de sí mismos, ser líderes de la integración centroamericana.

Debo, pues, hacer referencia a los errores y omisiones que existen en nuestro proceso, con el propósito de que se advierta y, en su caso, se evite el peligro de caer en ellos, por quienes se encuentran involucrados en procesos similares de integración.

Un análisis superficial del estado de la integración nos conduce a afirmar que no obstante el evidente deseo de los pueblos de Centroamérica de integrarse en plenitud, esto es social, cultural, política y económicamente, manifestado en serias encuestas de hasta por el 85% de la población, con excepción de la de Costa Rica, la tan ansiada integración no progresa y como lo he afirmado antes, se encuentra estancada y, para muchos, en un proceso de real involución.

Baste como ejemplo la negativa de los Estados Miembros a integrar el Comité Ejecutivo, que ha de representar los intereses de la Comunidad Centroamericana, aunque a veces tales intereses difieran de los de alguno, algunos o de todos los Estados Miembros, es hora ya de que se integre, después de 12 largos años que debieron haberlo hecho para que la Comunidad Centroamericana no carezca de voz propia en el proceso. Bien se ve que las decisiones que se toman en los más altos niveles obedecen más a un proceso de cooperación intergubernamental que a uno de interdependencia e integración comunitaria.

Por otro lado, y por sus manifestaciones externas, se advierte un desconocimiento por las máximas autoridades de la naturaleza, objetivos, propósitos y principios de un proceso de integración exitoso como lo ha sido el europeo, cuya similitud se pretende.

No obstante, existen autorizadas voces que nos señalan con toda claridad el camino a seguir, como la de la más alta autoridad moral en la tierra, Su Santidad el Papa Juan Pablo II, que en sus diversos viajes por Centroamérica, ha sido enfático en afirmar la conveniencia de su integración; por ejemplo, en Esquipulas, Guatemala, el 6 de febrero de 1996, dijo que: «... aquí tiene su sede el Parlamento Centroamericano (Parlacen) que junto con los demás organismos del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), favorece la unidad del Istmo».

Dos días después en El Salvador, en la ceremonia de despedida, manifestó: «Antes de abandonar esta capital, quiero extender mi mirada a toda



la región centroamericana, llamada a realizar sus nobles ideales avanzando por el camino ya comenzado de la integración. San Salvador es la sede del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y por eso expreso mis fervientes votos para que en un futuro cercano de las naciones del Istmo, que comparten el mismo patrimonio cristiano y la misma lengua, puedan gozar de los beneficios de la unidad y la concordia. Invito, pues, a todos a aunar esfuerzos y a superar obstáculos para que los queridos pueblos centroamericanos entren en un nuevo orden de colaboración generosa en favor del bien común, de modo que se superen la angustia causada por la sorpresa, las desigualdades injustas, el desprecio de los derechos humanos inalienables y los límites a las libertades fundamentales».

Aún más, el 23 de marzo de 1997, con ocasión de presentar sus credenciales el nuevo embajador de Nicaragua ante la Santa Sede, el Papa expresó: «... la Santa Sede ve asimismo con aprecio e interés los esfuerzos realizados para favorecer el proceso de la integración centroamericana que en un contexto de agrupaciones político-económicas cada vez más fuertes cobra vigor la necesidad de una mayor solidaridad entre los países del Istmo, llamados a emprender una lucha común contra la pobreza, el desempleo y demás males que ponen en peligro su estabilidad y bienestar».

A pesar de esas objetivas y bien intencionadas observaciones y recomendaciones, es evidente la falta de voluntad política, clara y definida, para impulsar el proceso de integración comunitaria por parte de las más altas autoridades de los Estados Miembros, así como poca seriedad en el cumplimiento de los tratados de integración. Ante tan manifiesta contradicción, hay un interrogante popular que frecuentemente se formula en los términos siguientes ¿por qué será que en cuanto a la integración de Centroamérica se refiere, en el cálculo de los gobernantes siempre hay superávit, mientras que en la aritmética de los pueblos siempre existe déficit?

Haciendo un esfuerzo de síntesis, en la actualidad puede percibirse deformación y desnaturalización de la propia naturaleza del proceso, de los principios, propósitos y objetivos de la integración centroamericana.

La deformación proviene, sobre todo, de parte de las autoridades de algunos Estados Miembros, que toman medidas unilaterales y dicen aceptar la integración «parcialmente», sólo en lo que consideran conveniente a sus intereses nacionales. Por ejemplo: decidiendo que sólo se acepta la integración en lo económico y no en otros campos. Otro, indicando que sólo la acepta en lo político y no en lo demás. Uno más, que reduce el ingreso a una parte de su territorio a pobladores de los otros Estados, sin razón vale-

dera. Igual se deforma por aquellos Estados Miembros que tratan de suscribir, separadamente, tratados de libre comercio con otras naciones o bloques, o bien, buscan su ingreso en otras comunidades de Estados.

La desnaturalización se da cuando se solicita a organismos internacionales y bancos de la misma naturaleza (BID-CEPAL)<sup>13</sup> la evaluación de un sistema de origen regional, pasando por alto las facultades que al respecto tienen el Parlacen y el Comité Ejecutivo del SICA.

También se da cuando en la Reunión de Presidentes celebrada en Panamá, en julio de 1996, confundiendo su función de órgano supremo del SICA con la de presidentes de sus respectivos Estados, en contra de la naturaleza del sistema, deciden en base a recomendaciones de universidades y organismos financieros internacionales, modificar la estructura y naturaleza misma del SICA, revirtiéndolo de un proceso de integración comunitaria a un proceso de cooperación intergubernamental en el que predomine únicamente el intercambio económico.

A tal grado, que según lo ahí acordado y sin darle la debida participación a órganos fundamentales de la Comunidad Centroamericana, desnaturalizan y dejan inoperantes al Parlacen y a la Corte Centroamericana de Justicia; y, al Comité Ejecutivo que debe representar los intereses de la Comunidad Centroamericana lo eliminan y lo sustituyen por un Comité de Enlace que representará los intereses de los Estados -¡que desde luego ya lo estaban con los Consejos de Ministros!- como si se tratara de regular relaciones de cooperación intergubernamental. En la misma forma eliminan a la Reunión o Foro de Vicepresidentes como de ninguna importancia o utilidad, no obstante su valioso trabajo en la integración de la Región del Trifinio en los confines de Guatemala, Honduras y El Salvador de más de 8.000 km<sup>2</sup>; y en la instalación y puesta en marcha del Parlamento Centroamericano (Parlacen).

Por si lo anterior no bastara, en alguna Reunión de Presidentes, y en anteriores y posteriores acuerdos que han servido de base para implementar las reformas involutivas antes referidas, no existió el consenso entendido por ellos como unanimidad, que exige el art. 14 del Pro-

---

<sup>13</sup> «Bases para la Evaluación de la Institucionalidad Regional Centroamericana», 9 de septiembre de 1996.

toloco de Tegucigalpa, en cuanto que uno de los presidentes asistente, en algunas de ellas no firmó los acuerdos, y en otras, lo hizo como testigo.

## Conclusiones

Si bien no ha sido mi propósito, parecería que lo relatado al explicar las flaquezas y debilidades, deja un mal sabor sobre el proceso de integración de Centroamérica. Sin embargo, no puedo llamarme a engaño y mucho menos a ustedes, pacientes académicos, que han tenido a bien escucharme.

Problemas como los nuestros los han tenido, si se quiere mayores, en la hoy Unión Europea. Lo que falta en Centroamérica es un Diógenes que lámpara en mano muestre a nuestros dirigentes políticos la verdad que se manifiesta en nuestros sencillos y humildes habitantes a fin de que hagan realidad su deseo de constituirse en una sola Nación.

Tenemos ya los centroamericanos algo que, según algunos, aún falta a los europeos y a otros pueblos en proceso de integración comunitaria, y esto es el «sentido de pertenencia». Debemos, en términos sencillos, superar el provincianismo nacional y adoptar objetivos y metas comunitarias concretas que nos den cohesión y abandonar la retórica de los contadores y economicistas para expresarnos en un lenguaje llano que exprese lo bueno y lo malo, lo hermoso y lo feo, lo correcto y lo que no lo es, a sabiendas de que la integración no sucederá automáticamente y que los valores y los lazos comunitarios evolucionan, se fortalecen y se expanden a partir de la participación del patrimonio o acervo comunitario que se va creando en el proceso y que va dando la apariencia y el contenido de una evolución orgánica y continuada.

Al referirme al acervo o patrimonio comunitario entiendo que «... es aquello que se ha logrado frecuentemente con esfuerzo; que se consensuó en su origen; que se terminó reconociendo sin discusión; que ha sido puesto ya en vigencia; a lo que no se está dispuesto a renunciar, como cuando formularon su solicitud de adhesión a la Comunidad Europea, el Reino Unido, Dinamarca e Irlanda, en la que pretendían establecer «condiciones especiales» que afectaban el patrimonio o acervo de la Comunidad, esta última estimó que no podía acceder a dicha solicitud porque sería disminuir el patrimonio o acervo comunitario, que es «innegociable» y que por el contrario, éste siempre debería incrementarse y nunca disminuirse.

Este «patrimonio o acervo comunitario»<sup>14</sup> es, en otras palabras, el conjunto de realizaciones jurídicas y políticas que se han ido acumulando en el proceso y que no pueden diluirse o disminuirse ni mediante actos unilaterales, ni mediante actos de la colectividad de los Estados Miembros.

En esta hora de prueba, cuando se detecta -como decía un juez colombiano- que el «poder de los extraños» pretende infiltrarse a través de medios complacientes y amenaza destruir el proceso de integración que con tanto esfuerzo se ha construido al tratar de encauzar la integración únicamente hacia lo económico, despojándola de todo ropaje de ideales y valores trascendentes, es que estimo deben realizarse acciones muy concretas en Centroamérica, para salir del estancamiento en que se halla y relanzarla a objetivos definidos. Entre ellas y que es iniciativa de la Corte Centroamericana de Justicia y respaldada por el Parlamento Centroamericano, se está ya planteando a los máximos responsables, los integrantes de la Reunión de Presidentes.

Estos, por otra parte, y dada su función especializada, podrían preparar junto con la Secretaría General del SICA, y los demás órganos de la integración, todo lo conveniente para la celebración de una Conferencia Centroamericana, en la cual participen los Estados Miembros de la Comunidad Centroamericana y los órganos fundamentales del SICA, incluyendo al Comité Consultivo integrado por los sectores empresarial, laboral y académico, para que se defina el futuro responsable y coherente de la Integración de Centroamérica.

Concluyo congratulando con todo respeto, a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en su 63° Aniversario, que me trae a la memoria las gallardas luchas universitarias por la autonomía y libertad de cátedra libradas en esta leal ciudad.

Saludo también al señor presidente, al señor vicepresidente, al señor secretario, a los ilustres académicos y a los invitados, que han tenido a bien concurrir y me han honrado con su presencia en el acto de ingreso como miembro académico correspondiente extranjero de esta augusta Academia, y así, ya perteneciente a la misma, pueda, al igual que en toda

---

<sup>14</sup> Jorge Antonio GIAMMATTEI AVILÉS, *Guía concentrada de la integración de Centroamérica*, Managua, Nicaragua, septiembre de 1999.

Academia de Derecho, según se afirma por José María Martínez Santiago de la Real Academia de Valladolid: *«poner en común conocimientos, procurar aumentarlos en el estímulo de su discusión colectiva y difundirlos a la postre»*.

Felicito en ustedes a la noble Argentina que celebra hoy los 150 años de su Constitución, Nación de la que a través del contacto con sus habitantes y de la manifestación de su civilización y cultura, desde mi infancia ya remota, me fueron mostrando que hay formas trascendentes de conducirnos por la vida inspiradas en las más nobles aspiraciones.

Desde lontananza siempre hemos admirado a la Argentina, como el hermano mayor del sur, capaz de igualar y rivalizar por su desarrollo y civilización con cualquier otra potencia. Esperamos con vehemencia que encuentre muy pronto, de nuevo, aquella posición de relevancia que le permita no sólo resolver sus propias necesidades y las de sus habitantes, sino además, constituirse, por razones de idioma, de cultura, de civilización y de recursos naturales y humanos, más que en impulsor de la integración de la comunidad del cono sur, en motor de una integración mayor: la de América Hispana, que nos conduzca con respeto y dignidad a niveles superiores de existencia en esta época de globalización galopante e ineludible.

Termino con un girón rescatado de Madre Teresa de Calcuta que reza así:

*«Lo que has tardado años en construir, puede ser destruido en una noche, pero construye, de todas maneras.*

*Da al mundo lo mejor que tengas y con seguridad nunca les parecerá suficiente.*

*Pero, da al mundo lo mejor que tengas, de todas maneras. Porque, verás, al fin y al cabo, la vida es y siempre ha sido un acuerdo entre Dios y tú y nunca entre tú y ellos, de todas maneras».*

Muchas gracias.



## REFLEXIONES SOBRE LA «MALA FE»

por PASCUAL E. ALFERILLO \*

**SUMARIO:** I. Palabras iniciales. II. El concepto de mala fe en el Código Civil argentino. III. La mala fe en la codificación civil comparada. IV. El concepto de mala fe en la legislación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). V. Nuestro concepto de mala fe. VI. Clasificación. VII. La mala fe como factor de atribución subjetivo. VIII. Reflexiones finales.

Sr. presidente, señores académicos, colegas, señoras y señores presentes...

Si ustedes me permiten quiero inicialmente agradecer las sentidas palabras de presentación pronunciadas por el Dr. Luis Moisset de Espanés.

Les puedo asegurar que no es una tarea fácil, pues quienes han tenido la dicha de ser alumno de un reconocido maestro no están preparados para ello. Siempre es normal encontrar el elogio del discípulo a su formador, pero no en sentido contrario. Así, se conocen piezas memorables en las cuales se pondera la obra del maestro. A modo de ejemplo, basta citar el libro *Recuerdos de juristas*, escrito por los procesalistas italianos para evocar la personalidad y la obra de sus profesores, de la talla de Calamandrei o Chiovenda...

Sus palabras son una muestra elocuente de la inmensa bondad que anida en su corazón de maestro que, como dice José Ingenieros, enseña a hacer - haciendo; a discurrir - discuriendo; a pensar - pensando... Es maestro con el ejemplo.

---

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en San Juan, pronunciado el 9 de septiembre de 2003, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

Es la bondad que descubrí bajo la piel de su «Crítico». Pues deben saber Uds. que detrás de la fachada de impecable crítico, está el ser humano que sufre más por los padeceres de sus discípulos que por los propios.

Esa tremenda capacidad de bondad se materializa hoy, nuevamente, invitándome a su mesa a compartir su pan que es su sabiduría.

Esas virtudes de bondad y sabiduría, no cabe la menor duda que anidan, de igual modo, en el corazón de cada uno de ustedes, señores académicos, que generosamente abren las puertas de esta corporación para recibirme.

Ante ello, ratificar el compromiso de aportar todo el esfuerzo posible para mantener inalterable el prestigio de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

## **I. Palabras iniciales**

Por una reciente invitación de una editorial de Buenos Aires que prepara un trabajo colectivo relacionado con la «buena fe» estimé conveniente introducirme en el estudio de la figura de la «mala fe». Ello en razón de que otros profesores de gran notoriedad habían prometido realizar el examen de la figura convocante en su relación con distintas instituciones civiles, procesales, comerciales, laborales, etcétera, que agotaban el espectro temático y, fundamentalmente, porque la mala fe no había tenido un estudio sistemático previo y ello resulta necesario para comprender en su real dimensión a la buena fe. Esas reflexiones las quiero compartir con Uds. señores académicos...

Bajo esta premisa, si formulamos un análisis axiológico de la vida se verifica que toda faceta positiva tiene, ineludiblemente, su aspecto negativo. A esta bipolaridad no escapa el principio de la «buena fe», dado que encuentra su reverso en la «mala fe».

Estos comportamientos fueron debidamente regulados por la dogmática nacional; sin embargo, como anticipábamos, en la doctrina de los autores no han tenido un tratamiento científico equivalente por cuanto los mayores esfuerzos reflexivos se han focalizado en la *bona fides*.

Ello viene a colación para destacar que el legislador tuvo especial preocupación al regular la mala fe, citando este comportamiento, en no menos de sesenta artículos y veinte notas, a lo largo de la codificación de un modo no sistemático.



Apenas iniciado el estudio de la figura se advierten las dificultades que presenta el tema, dado que a las complicaciones y ambigüedades propias venidas del principio de la buena fe, vastamente conocidas por haber sido enunciadas por casi todos los juristas que se atrevieron a su estudio, se suman las inherentes a la mala fe.

Avanzando en el desarrollo del tema, es ineludible recordar que para algunos autores la mala fe sería, *prima facie*, la antítesis de la buena fe, al punto que Rezzónico no las concibe como entidades extrañas entre sí pues, en la bipolaridad, la mutua exclusión de la buena-mala fe no hace más que certificar la relación. Este autor textualmente dice que «*ambos puntos pueden concebirse como las dos caras de una misma medalla: la parte de la buena fe no mostrará un rostro lozano, sereno, invitando a compartir una misma y diáfana verdad; la cara de la mala fe exhibirá un aspecto indefinido, vago, doble, por momentos cambiantes, como lo son las mil máscaras de la astucia y la deslealtad...*»<sup>1</sup>.

Con el pensamiento transcripto no se da un concepto propio de mala fe, sino que por descarte o exclusión se lo pretende caracterizar. Pero ello encuentra el obstáculo de que la buena fe al ser concebida como una cláusula general o principio jurídico<sup>2</sup> es un concepto indefinido, estándar jurídico abierto cuyo contenido es determinado en cada época y en cada caso por la hermenéutica de los jueces<sup>3</sup>. Ante ello, por analogía, la mala

---

<sup>1</sup> Juan Carlos REZZÓNICO, «Efecto expansivo de la buena fe», L.L. 1991-C- 518.

<sup>2</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, «La buena fe en la ejecución de los contratos», Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18 Responsabilidad contractual II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 211. Esta autora considera que «*la buena fe sería un principio general de derecho que la ley formula por medio de una cláusula general*». Y que «*las cláusulas generales no son principios deductivos ni de argumentación dialéctica, sino que imparten al juez una medida, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión; son una técnica de formación judicial de la regla que ha de aplicarse al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por un supuesto de hecho normativo abstracto...*»; Jorge A. MAYO, «Sobre las denominadas cláusulas generales. A propósito de la buena fe, el daño y las buenas costumbres», L.L. 2001-E-1146; María Teresa LÓPEZ, «Los principios generales del derecho» y Carlos Enrique PETTORUTI, «Alcance y ámbito de aplicación de los principios generales del derecho», en Revista Notarial, número especial, Simposio sobre Teoría General del Derecho, N° 853, 1980, págs. 1902 y 1935 respectivamente.

<sup>3</sup> Alberto G. SPOTA, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1947, t. I, vol. 1, pág. 358.

fe como parámetro de conducta, de igual modo, debería ser entendida como una noción abierta que la jurisdicción definirá en cada asunto sometido a su decisión.

Así piensa la escribana Yorio, quien partiendo de aseverar que el Código Civil no contiene una definición concreta de la buena fe sostiene que *«tampoco existe un criterio estricto para determinar la buena o mala fe, ni es conveniente echar mano al sistema de presunciones legales que -como tales- deben ser de interpretación restrictiva...»*. Por lo cual *«en materia contractual serán las circunstancias de cada caso, y las especiales características que lo rodean, las que brindarán las pautas para juzgar si se ha obrado dentro de los límites impuestos por la buena fe...»*<sup>4</sup>.

En la misma dirección los modernos estudios de la buena fe se niegan a dar un concepto de ella en función de que esta pretensión *«se estrella con la aceptación de que la buena fe es una cláusula general, pues siendo tal, es lógico que el contenido deba concretarse en cada caso»*<sup>5</sup>.

Pero, ante la importante cantidad de citas sobre la mala fe reguladas en las normas incluidas en el Código Civil, es conveniente indagar, como punto de partida de estas meditaciones, si realmente existe indefinición en el contenido de las normas del Código. O, por el contrario, si Vélez Sársfield se preocupó por transmitir pautas concretas para conceptuar la mala fe.

## II. El concepto de mala fe en el Código Civil argentino

En los párrafos precedentes aseveramos que el legislador civil no había tratado a la mala fe de un modo sistemático sino, por el contrario,

---

<sup>4</sup> Elvira Martha YORIO, «El abuso del derecho», Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 853-1980, pág. 2224; Juan Carlos REZZÓNICO, ob. cit., pág. 520, piensa que *«una definición de la buena fe, no podría proponerse sino con muchas salvedades y dudas. Sería de alguna manera contradictorio afirmar, por una parte, que se está ante una norma abierta siempre posible de colmar con nuevas realidades, y por otra definir el instituto, que se remodela constantemente...»*.

<sup>5</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., pág. 239. Esta autora cita a Guido ALFA, «Pretese del creditore e normativa di correttezza», en Rivista del Diritto Commerciali, anno LXIX, 1971, N°s 7-8/9-10, pág. 280.

sancionó, en forma dispersa, normas y dejó notas que fijan su significación. Por esa razón, es importante esquematizar el estudio de la dogmática nacional civil para inferir cuál era el concepto del codificador.

En este primer grupo de normas que analizaremos, el legislador conceptualiza la mala fe haciendo referencia concreta al conocimiento del sujeto que utiliza antifuncionalmente.

a) *En el régimen del matrimonio*: En el régimen del matrimonio, el art. 224, cuyo texto fue reformulado por la ley 23.515, interpreta que la mala fe de los cónyuges consiste en el **conocimiento que hubieren tenido o debido tener**, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancias que causaren la nulidad.

b) *En las obligaciones de dar cosa cierta*: En las obligaciones de dar cosa cierta con el fin de transferir o constituir derechos reales sobre una cosa mueble, el codificador, en el art. 592, reguló que el acreedor, cuando su deudor hiciera transferencia de ella a otro, no tendrá derechos contra los poseedores de buena fe; precisando que «la mala fe consiste en el **conocimiento** de la obligación del deudor».

c) *En el contrato de cesión de derechos*: A su vez, en la esfera contractual, en el art. 1480 estatuye que el cedente será de mala fe, cuando celebre el contrato «**sabiendo** que la deuda era incobrable».

d) *En el contrato de sociedad*: Siguiendo en el ámbito convencional, se ha previsto que los contratantes (terceros) que pueden alegar contra los socios la existencia de una sociedad ilícita, de acuerdo al art. 1659, no podrán hacerlo cuando **tuvieren conocimiento** de que la sociedad era ilícita, conforme el sentido del art. 1660 C.C..

e) *En el contrato de mandato*: Otra visión de la mala fe la entrega el Código en el caso de existir doble contratación sobre un mismo objeto, una celebrada con el mandante y otra con el mandatario, precisando, el art. 1944 que éste será de mala fe si hubiere contratado, **estando prevenido** por el mandante. Es decir, cuando conocía que su mandante tenía la decisión de realizar el contrato por su cuenta <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, «La buena fe en la relación entre mandante y mandatario», J.A. 1990-III-837; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Mandatos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, págs. 283 y 368.

f) *En la garantía de evicción en la compraventa:* En esta línea, el art. 2123 reglamenta que el vendedor será de mala fe si **conocía**, al tiempo de la venta, el peligro de la evicción. Es decir, la mala fe en este caso está íntimamente ligada al conocimiento de una circunstancia relevante (vicio del que adolecía la cosa vendida) que no fue comunicada al comprador.

g) *En la garantía de evicción en el contrato de donación:* De igual modo, conforme al contenido del art. 2146 inc. 2, la donación será hecha de mala fe, **sabiendo** el donante que la cosa era ajena.

h) *En la transformación de cosas:* En el libro de los derechos reales, el art. 2569 interpreta que la transformación será de mala fe si se hizo **sabiendo o debiendo saber** el transformador que la cosa era ajena.

i) *En la posesión de la herencia:* También, el art. 3428 regula que el poseedor de la herencia será de mala fe cuando **conociendo** la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida, aclarando que no deben ser incluidos en esta categoría, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a dichos parientes.

En este segundo grupo, de igual modo, se hacen referencias concretas, en las hipótesis de los arts. 1740 y 2009 C.C. definen las conductas de mala fe pero de un modo distinto, sin hacer referencia directa al conocimiento del sujeto sino al propósito buscado.

Pero, en el caso de la adquisición de cosas hurtadas, el saber de la situación jurídica de la cosa está nuevamente presente en forma directa en otra norma complementaria.

a) *En la dación de cartas de recomendación:* En ese sentido, cuando el art. 2009 C.C. regula el contrato de fianza, interpreta que las cartas de recomendación serán de mala fe si fuesen dadas, **afirmando falsamente** la solvencia del recomendado.

En este caso se puede verificar que el emisor de las cartas de recomendación conocía o debía conocer la insolvencia del sujeto favorecido, pero omitió deliberadamente, con plena conciencia de su actuación dar a conocer a la otra parte el estado falencial del recomendado, en cuyo caso el propio artículo establece que quien la suscriba será responsable del daño que sobreviniese a las personas a quienes se dirige, por la insolvencia del recomendado.

En esta hipótesis, igualmente, existe la mala fe-conocimiento pero se hace referencia a ella de un modo indirecto.

b) *En la renuncia a la sociedad:* En el art. 1740 se regula que la renuncia a la sociedad será de mala fe, cuando se hiciere con la **intención** de obtener exclusivamente algún provecho o ventaja que hubiese de pertenecer a la sociedad. En el artículo siguiente sanciona que la renuncia hecha de mala fe, es nula respecto de los socios, por lo que ganare el renunciante en el negocio que ha tenido en miras al renunciar pertenece a la sociedad, pero si perdiere en él, la pérdida es de su sola cuenta.

En este caso, no aparece con nitidez un conocimiento de determinada situación fáctica sino que se puntualiza fuertemente la intención de aventajar en el negocio a la sociedad a la cual pertenece. Pero indagando un poco más profundamente, la ley pretende proteger la palabra empeñada por el socio ante los otros para procurar obtener una utilidad común en función de los aportes realizados. Es decir, aspira a resguardar la buena fe-lealtad con que se debe ejecutar el contrato, en este caso de sociedad.

Pero para intentar sacar ventajas de un negocio que pertenecía a la sociedad, es porque el socio tuvo conocimiento de éste en función de su calidad de socio y mal utiliza esa información en un proyecto de lucro personal. Esta es la conducta que básicamente reprueba la ley y tilda de mala fe.

c) *En la adquisición de cosas hurtadas o perdidas:* El art. 2771 del código sustancial prescribe que será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o que no tenía capacidad o medios para adquirirla.

Esta norma califica como de mala fe al comprador que no agotó las diligencias necesarias para evitar adquirir bienes robados o perdidos. En otras palabras, llega a un estado de mala fe por negligencia cuando tenía el deber de conocer la verdadera situación jurídica de los bienes que pretende comprar.

La vinculación entre la mala fe y conocimiento de la situación relevante queda nuevamente demostrada en el contenido del art. 2770 C.C., el cual regula que los anuncios de hurtos o de pérdidas, no basta para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas o perdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probase que **tenía** de ello **conocimiento** cuando adquirió las cosas.

Finalmente, para completar el estudio del pensamiento de Vélez Sársfield observamos que la preocupación del codificador por regular las conductas de mala fe se extendió a las reflexiones dejadas en las notas de los artículos, que sin lugar a titubeo colaboran inestimablemente a descubrir el sentido de sus preceptos. En esta dirección, en las referencias expuestas en las notas a los arts. 509, 577, 707, 731, 967, 1329, 2354, 2412, 2565 a 2570, 2594, 3340, etcétera, no se expone un concepto de mala fe, sino que únicamente señalan la participación de ésta.

En cambio, en las siguientes notas se da un concepto de mala fe.

a) *Nota a los arts. 2433 y 3986: notificación de la demanda:* En el párrafo inicial de esta larga nota al art. 2433 que regula las obligaciones de los poseedores, referencia el art. 338 del Código de Austria, expresando que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, debe ser considerado como poseedor de mala fe **desde el día en que se le hizo saber** la demanda de reivindicación.

Este criterio que es plasmado en el texto del art. 2433 C.C., resalta nuevamente la importancia que tiene el conocimiento de la situación por el sujeto que en este caso, lo presume a partir de la notificación de la demanda, que no es otra cosa que conocer fehacientemente su verdadera situación frente a la cosa.

De igual modo, en el art. 3986 donde se regula la interrupción de la prescripción por demanda, se adopta el mismo criterio cuando se especifica que «aunque la demanda sea nula, prueba la diligencia del que se la interpone, y constituye al poseedor de mala fe..., basta un acto judicial contra el poseedor para constituirlo de mala fe en su posesión...».

b) *Nota al art. 2589: Construcción en terreno ajeno:* En la nota del art. 2589, transcribe a Marcadé cuando examina el Código francés, entendiendo que el constructor será de mala fe cuando **sabía** que las hacía en un terreno que no le pertenecía. El conocer o ignorar que el inmueble es de propiedad de otro es el elemento que determina la calificación de su actuar como de buena o mala fe.

c) *Nota al art. 2942: Extinción del usufructo por prescripción:* En la nota al art. 2942, Vélez Sársfield cita nuevamente a Marcadé, en la parte que interesa a esta investigación, dice que «si una tercera persona sin título y de mala fe, entra en posesión de un fundo que **reconoce que no le pertenece**, pero del cual pretende tener el usufructo,...», se pone de manifiesto que la mala fe está relacionada con la conciencia de que el bien es de propiedad de otra persona.

*d) Nota al art. 3426: Posesión de una herencia:* En esta nota, el codificador sigue a la Ley Romana en la cual se dice que «el que toma una sucesión a la cual **sabe que no tiene ningún derecho**, se encuentra por su solo hecho, sometido a la obligación de restituirla inmediatamente al legítimo heredero, y debe, por su mala fe, ser considerado como constituido en mora desde el primer momento de la ocupación de las cosas hereditarias...». Para esta posición el solo hecho de conocer que no se tiene ningún derecho pone al tenedor de la herencia en situación de mala fe, pero este criterio no es el adoptado en el art. 3428 para los parientes del fallecido que toman la posesión de la herencia. En este caso, para ser de mala fe se requiere que se conozca la existencia del pariente más próximo pero sabe que no se presenta porque ignora que le ha sido deferida la sucesión.

En ambos casos, las exigencias son disímiles, pero tienen en común que la mala o buena fe está determinada por el conocimiento que tiene de determinada situación que es de interés para el derecho su protección.

*e) Nota al art. 4006: Duda en la posesión:* El art. 4006 C.C. regula concretamente que la buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser exclusivo señor de la cosa, de donde interpreta -siguiendo a Voet- que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. Esta reseña ratifica la importancia del conocimiento, pues duda quien tiene un conocimiento parcial o no acabado de la situación, razón por la cual será de su diligencia llegar al conocimiento fehaciente.

Como conclusión para este apartado, se observa que el codificador no fijó en las normas un concepto genérico para evaluar cuándo se tipifican las conductas de mala fe, pero en cada artículo en que trata el tema pone énfasis en describir cuál es el conocimiento que tenía o debía tener el sujeto de la circunstancia que se estima importante para el caso regulado.

### **III. La mala fe en la codificación civil comparada**

Para completar una visión medianamente integral del concepto de mala fe resulta ineludible explorar cuál ha sido la respuesta dada por las distintas legislaciones extranjeras que en esta oportunidad restringiremos

a unas pocas codificaciones civiles de las cuales se destacaran las normas de mayor trascendencia vinculadas con el tema.

En esta dirección, en el Código Civil alemán (BGB) encontramos, entre las normas de moralidad codificadas, los arts. 157 y 242 que fijan a la buena fe como pauta de interpretación y cumplimiento de los contratos. Por su parte, en el art. 444 estableció la obligación de proporcionar al comprador toda la información necesaria relativa a las relaciones jurídicas que afectan el objeto vendido.

Entre las referencias directas a la figura que examinamos, el art. 819 establece que si el receptor conoce la ausencia de causa jurídica en el momento de la recepción, o si se entera después de ella, está obligado a restituir. Por su parte, el inc. 2 del art. 932 fija que el adquirente no actúa de buena fe si conoce, o debido a negligencia grave desconoce, que la cosa no pertenece al enajenante.

Esta última referencia normativa del BGB marca con precisión cuándo una conducta contractual debe ser calificada de mala fe: cuando conoce o debía conocer el dato que era de importancia en la hipótesis regulada.

En el Código Civil español, en el art. 7º inc. 1, se exige como norma general de moralidad que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

En cuanto a la mala fe, en los arts. 364, 433, 1778, entre otros, hace alusión al conocimiento o ignorancia para llevar a cabo la calificación.

En la codificación civil francesa, siguiendo criterios ya expuestos, en el art. 550 se precisa que el poseedor es de mala fe desde el momento en que tiene conocimiento de los vicios del título transmisor de la propiedad del bien que posee.

Como norma destacable, por constituir el antecedente de nuestro art. 521 en su versión de la ley 17711, el art. 1153 CCF establece que el acreedor a quien su deudor moroso hubiera causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de su retraso podrá obtener el pago de daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito.

Entre los códigos de Sudamérica, el Código Civil de Brasil, adopta la fórmula de la compilación francesa para reglar la mala fe del poseedor marcando la vinculación con el saber de la circunstancia importante que la ley tiene en cuenta para calificar la conducta.

En Chile, la preocupación por la mala fe se remonta al mensaje de remisión efectuado por el Ejecutivo al Congreso, imputándole que es causa de abusos para eludir las precauciones legales.



Esta preocupación se traduce en varios artículos donde se hace mención, por ejemplo, en el art. 94 inc. 6, «al saber y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia». En el art. 2301 modifica la calificación del sujeto «desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe».

El Código Civil del Paraguay, en una solución muy similar a la adoptada por el argentino, determina, entre otras citas, que «el poseedor es de mala fe si sabe que existen herederos de grado más próximo o legatarios a quienes no se ha hecho citar para que concurran a ejercer sus derechos...».

En Perú, su Código, entre las escasas menciones efectuadas, en el art. 1268 marca que queda exento de la obligación de restituir quien cree de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo. Es decir, el conocimiento de la ilegitimidad del crédito torna al acreedor putativo de mala fe.

Estas breves reseñas sobre la mala fe tomadas de los códigos civiles más importantes, ratifican la vinculación entre el conocimiento de la circunstancia o dato trascendente y la conducta reprochable que examinamos en esta oportunidad.

#### **IV. El concepto de mala fe en la legislación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)**

La legislación relativa a la propiedad intelectual, fundamentalmente aquella que pretende su protección ante el avance de los medios de comunicación masivos que facilitan la indebida utilización de obras ajenas, se erige como uno de los paradigmas de las regulaciones de esta era tecnológica que receptan en su problemática las transformaciones traídas por los sistemas informáticos. Por ello, creemos que resulta evidentemente necesario traerla a colación para completar este precario cuadro de antecedentes de regulaciones relativas a la mala fe y así proponer un concepto.

En ese plexo se destacan las recomendaciones conjuntas adoptadas por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de la Asamblea de los Estados Miembros de la OMPI, realizadas desde el 24 de setiembre al 3 de octubre de 2001.

En el art. 4° de esa recomendación se hace referencia a la «mala fe», la cual actuaría como factor de atribución de las responsabilidades emergentes del incumplimiento de las recomendaciones efectuadas para la protección de la propiedad intelectual.

En ese artículo se propone: «1) [*Mala fe*] A los efectos de la aplicación de las presentes disposiciones, se tendrá en cuenta cualquier circunstancia pertinente para determinar si un signo fue usado, o si un derecho fue adquirido, de mala fe.

2) [*Factores*] En particular, la autoridad competente deberá considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

i) si la persona que usó el signo o adquirió el derecho sobre el signo **tenía conocimiento** de la existencia de un derecho sobre un signo idéntico o similar perteneciente a otro, **o no podía razonablemente ignorar** la existencia de ese derecho, en el momento en que, por primera vez, la persona haya usado el signo, adquirido el derecho o presentado una solicitud para la adquisición del derecho, cualquiera sea la que haya ocurrido en primer término; y

ii) si el uso del signo redundaría en un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la reputación del signo objeto del otro derecho, o lo menoscabaría injustificadamente».

Como se colige de la simple lectura de esta recomendación internacional, se vincula la mala fe con el conocimiento que debió tener la persona que usó la idea de otro.

## V. Nuestro concepto de mala fe

La atenta lectura de las definiciones transcritas de las codificaciones civiles y de la avanzada legislación de los derechos intelectuales permite coleccionar los aspectos comunes para juzgar que *la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etcétera, relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba y, por lo tanto, considera ilegítimo su proceder a partir de ese momento.*

Cuando se califica el conocimiento de relevante es para destacar que de acuerdo con lo observado en el contenido de los artículos reproducidos, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etcétera, sino de uno realmente importante, trascendente, determinante teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes del acto.

Del examen efectuado, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento que el sujeto tiene o debe tener de hechos, circunstancias, situaciones, datos, etcétera, relevantes para el derecho de acuerdo con las características de cada acto jurídico. Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar, ejecutar o interpretar el negocio, está transgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.

Estas conductas exigibles, para Jordano Fraga surgen de reconocer la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal). Los primeros *«fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación...»*<sup>7</sup>.

La existencia de estos deberes de tutela de los intereses ajenos con los cuales se vincula el sujeto, creemos que debe hacerse extensiva a toda vinculación jurídica y no sólo a la obligacional por cuanto ella deriva no sólo de la buena fe sino del mandato de «no dañar» a otro.

Por otro lado, esta exigencia de protección de la otra parte, es un paso adelante, muy importante, en el proceso de humanización de las obligaciones para que ésta sea un instrumento de cooperación social y no uno de explotación o aprovechamiento de los más débiles.

---

<sup>7</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1987, pág. 141. Este autor completa la idea expresando que *«los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido...»*.

## VI. Clasificación

Luego de transcribir las normas donde se hace referencia al deber de indemnizar generado por un actuar de mala fe y de construir un concepto de la figura, creemos estar en condiciones de esbozar una primera clasificación de la mala fe.

En ese sentido, observamos que puede ser dividida en la mala fe no punible y la punible.

En la primera categoría se puede incluir: a) La mala fe jurídicamente tolerable que sería aquella de escasa importancia o la que recae sobre un hecho, circunstancia, dato, etcétera, no relevante a la luz de las características del acto examinado; b) En la mala fe recíproca, es decir cuando la conducta de los sujetos partícipes del acto esté teñida por ella.

A su vez, la mala fe punible puede ser dividida en función de la clase de sanción prevista:

a) Con la indemnización de los daños y perjuicios. Verbigracia, arts. 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etcétera, C.C..

b) Con la nulidad. Por ejemplo el art. 2099 C.C. sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o art. 1741 primera parte que establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios.

c) Con la privación de derechos, como es en los casos regulados por los arts. 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho), 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe).

## VII. La mala fe como factor de atribución subjetivo

En la redacción original del Código Civil se hace referencia directa a la mala fe como generadora de responsabilidad en varias normas. Así, se regula imponiéndole el deber de resarcir: a) en el art. 972, al que hubiere adquirido las cosas enajenadas en fraude de los acreedores; b) en el art. 1480, al cedente de mala fe por los perjuicios causados al cesionario; c) en el art. 1893, al sujeto que ha incitado o dado consejos de mala fe en el

interés exclusivo del mandatario; e) en el art. 2009, a quien afirmare falsamente la solvencia en las cartas de recomendación; f) en el art. 2569, cuando la transformación se hizo de mala fe y fuere imposible reducirla a su forma anterior; g) en el art. 2784, a la persona que se dé por poseedor sin serlo; h) en el art. 2435, al poseedor por la ruina o deterioro de la cosa; i) en el art. 3430, al poseedor de la herencia a favor de los herederos preferentes; j) en el art. 225, al cónyuge de mala fe, etcétera.

Como se colige del tenor normativo de las previsiones transcritas, el codificador entendió que la mala fe actúa como elemento generador del deber de resarcir los daños que ocasiona. En función de este criterio se debe indagar si esta conducta reprochable tiene independencia conceptual y operativa como factor de atribución o, por el contrario, queda subsumida dentro de algunos de los clásicos componentes subjetivos (dolo y culpa) de asignación del deber de resarcir.

### *VII.1. Mala fe y dolo*

El dolo, históricamente, ha sido explicado por la dogmática y doctrina como factor de atribución de carácter subjetivo, integrante como requisito del deber de resarcir los menoscabos, de ahí que resulte de central significación examinar, desde la óptica jurídica, su vinculación con la mala fe.

#### *VII.1.1. Las distintas posiciones*

Un repaso por el pensamiento de los principales autores y jurisprudencia permite, con el propósito de formular un ordenamiento de éstos, proponer la siguiente clasificación.

*a) La mala fe no es igual al dolo:* El profesor Spota, cuando analiza la recepción del standard jurídico de la buena fe en el Código de Vélez, entiende que «*la mala fe, esa mala fe cercana al dolo, no da derecho...*»<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, 2ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1980, vol. III, punto f, pág. 338.

Es decir, si bien denuncia una vecindad, diferencia, sin explicación, sus naturalezas.

Con mayores fundamentos, se puede citar el pensamiento de Danz, quien sostiene que si el juez, en los casos en que interpreta un negocio jurídico siguiendo simplemente los usos sociales, en su fallo también invoca el principio de la «buena fe», no es que quiera acusar de fraude a la parte contra la cual sentencia, como tantas veces se cree, pues puede muy bien ocurrir que ésta no tuviese la menor noticia del sentido usual que tiene en el comercio la declaración de voluntad, en la mayor parte de los casos creará de buena fe que el sentido de la declaración de voluntad que ella afirma es el exacto, y el falso, el que sostiene la parte contraria<sup>9</sup>.

El pensamiento de este autor quiebra la identificación de la mala fe con el dolo al introducir la factibilidad de que haya mala fe sin conocimiento pleno de las circunstancias fácticas relevantes por negligencia o por error inexcusable.

*b) La mala fe equivale a dolo:* En este sector del pensamiento se sitúan Cazeaux y Trigo Represas cuando aseguran que «*el dolo en un sentido lato implica una idea de mala fe, de conducta deliberada contraria a derecho*»<sup>10</sup>.

En la misma dirección, un antiguo fallo de la Corte de Justicia federal asimila los institutos en estudio cuando consideró que «el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, mencionado en los arts. 506 y 521 C.C. no es el previsto en su art. 931, sino el que se atribuye a toda persona que ha producido un daño previendo o habiendo podido prever que lo causaría; es decir, cuando ha obrado de mala fe...»<sup>11</sup>.

De igual modo, otro tribunal ha sostenido que «el dolo en el incumplimiento contractual se configura cuando el deudor tenga la posibilidad de

---

<sup>9</sup> E. DANZ., *La interpretación de los negocios jurídicos (Contratos, testamentos, etc.)*, adaptada al español por Francisco Bonet Ramón, Madrid, Revista del Derecho Privado, 1955, pág. 197.

<sup>10</sup> Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. 1, pág. 252; VON TUHR, *Derecho civil*, t. 3, vol. II, pág. 168, párr. 89; Santos CUFENTES, nota al art. 931 en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, BELLUSCIO (director) - ZANNONI (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 4 (arts. 896/1065), pág. 215.

<sup>11</sup> C.S.J.N., «Rodríguez Guichou, Héctor L. v. Nación», 1/1/43, t. 195, pág. 339.

cumplir y no quiera deliberadamente hacerlo o cuando el incumplidor tenga plena conciencia de la ilegitimidad de su obrar, operando de mala fe a través del incumplimiento deliberado de sus obligaciones...»<sup>12</sup>.

Para completar la idea de este sector, es eficaz transcribir el pensamiento del tribunal que opinó que «el dolo o mala fe puede serle imputado al plagiario por el conocimiento de la obra plagiada. Cuando resulta clara la usurpación o apropiación indebida no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos de aquél, pues el dolo es inherente al acto realizado. En consecuencia, basta la impresión ilícita que crea contra el plagiario la presunción de mala fe que resulta del conocimiento del derecho que usurpa...»<sup>13</sup>.

Estos criterios jurisprudenciales asimilan totalmente las figuras, razón por la cual para ellos la mala fe debe ser considerada como un factor de atribución con iguales características que el dolo en el deber de indemnizar el daño.

c) *La mala fe comprende al dolo*: Esta idea fue desarrollada por el profesor Atilio A. Alterini, para quien la mala fe es la antítesis de la buena fe, a la cual la entiende como «ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico. Significa -sigue el autor- que sólo con la plena conciencia de la legitimidad del obrar, el ejercicio del derecho es reconocido por dicho ordenamiento». Por ello, el concepto de mala fe «cubre una amplia gama de situaciones jurídicas y subyace inclusive en multitud de figuras que producen consecuencias autónomas, pero muestran en su trama la presencia de mala fe»<sup>14</sup>.

En función de ello, asegura que en la mala fe el objetivo primordial es la consecución de un fin injusto o ilegal utilizando medios aparentemente patrocinados por la justicia o por la ley, pues la mala fe implica esencialmente conciencia de la ilegitimidad de la pretensión que se esgri-

---

<sup>12</sup> Cám. Crim. Correccional Fed., Autos N° 46.914/95, «Servicios Petroleros Fuegoquinos S.A. c/ Transporte Pampeanos SACIFA s/ Incumplimiento de contrato», 18/6/96.

<sup>13</sup> Cám. Nac. Civil, Sala G, 21/3/94, «Moreno, Norberto V. c/ Iglesia, Julio y otros», L.L. 1995-C, 558, D.J. 1995-2-1160; J.A. 1994-IV-410.

<sup>14</sup> Atilio Aníbal ALTERINI, «Mala fe», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII-30, pág. 928.

me. El que obra de mala fe sabe, tiene conciencia plena de que ejecuta una acción sin derecho, cuyas consecuencias han de ser perjudiciales para aquél contra quien se dirige <sup>15</sup>.

Por otra parte, sostiene el referido autor que «*hay supuestos en los cuales no es menester la plena conciencia de la ilegitimidad de la conducta propia, bastando la ignorancia de la verdadera situación. Para ello, tal ignorancia ha de ser inexcusable...*» <sup>16</sup>. Con esta aseveración se admite que existe también la unión «mala fe-negligencia» de donde las intencionalidades que caracterizan al dolo no serían de la esencia de la mala fe.

*d) Observaciones críticas:* El codificador no estableció un concepto unívoco de dolo, sino por el contrario estableció tres tipos que tienen características exclusivas que los identifican. Por ello, no se puede llevar a cabo una comparación lineal entre mala fe y dolo, sino que es ineludible hacerla confrontándola con cada modalidad.

Por su parte, la actuación de mala fe se puede dar en estadios diferentes en la vida de un negocio o acto jurídico. Así el art. 1198 C.C. reconoce como momentos diferenciados la celebración, ejecución e interpretación, a los cuales se deberá sumar la etapa precontractual y poscontractual.

A modo de digresión, se advierte que en muchos trabajos y jurisprudencia se compara la mala fe con el dolo, sin precisar sus contenidos ni reconocer sus clases, razón por la cual a continuación procuraremos superar ello enfrentando las figuras discriminadamente en la medida de las limitaciones de esta exposición.

### *VII.1.2. Mala fe y dolo delictual (art. 1072 C.C.)*

Para concretar estas meditaciones debemos recordar el texto del art 1072 C.C., el cual señala los elementos componentes del dolo delictual: el

---

<sup>15</sup> *Ibíd*em, pág. 929. El autor transcribe en este punto las definiciones vertidas en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, t. XXI, pág. 540.

<sup>16</sup> *Ibíd*em, ob. cit., pág. 929.



intelectual, vinculado con la ejecución a sabiendas y, el volitivo, la intención de dañar <sup>17</sup>.

El primero de ellos presupone la capacidad del sujeto para comprender la criminalidad (imputabilidad) y requiere, para algunos autores que éste haya entendido la antijuridicidad del acto.

La conciencia de la ilicitud como integrante o no del concepto de dolo ha generado, fundamentalmente entre los juristas penalistas, un arduo debate, cuyas posturas extremas pueden ser sintetizadas en el pensamiento de los profesores Orgaz y Santos Briz.

El jurista mediterráneo sostiene que *«la condición de que el autor haya obrado ‘a sabiendas’, significa que éste haya tenido la conciencia de la ilicitud, esto es, de que realizaba un acto contrario a derecho, en general, aunque no necesariamente a una norma determinada: basta con la conciencia de realizar u omitir algo prohibido por la ley...»* <sup>18</sup>.

En la antípoda, Briz proclama que *«el concepto de dolo implica la realización de una voluntad dirigida a un resultado determinado en la norma prohibitiva, y que supone el conocimiento de las modalidades de la acción descritas en dicha norma. El dolo es, por consiguiente, una finalidad jurídicamente relevante. No pertenece al dolo, la llamada ‘conciencia de la antijuridicidad’...»*, dado que ésta *«no se refiere a ninguna de las circunstancias de hecho sino exclusivamente a la norma prohibitiva misma, o más exactamente, al ser y esencia de la prohibición, a la acción, la cual es parte integrante de la voluntad de ejecución...»* <sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, comentario al art. 1072 en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, directores César A. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, pág. 86; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Perrot, t. IV-A, N° 2313, pág. 8.

<sup>18</sup> Alfredo ORGAZ, ob. cit., pág. 62; Ludwig ENNECCERUS, ob. cit., primer tomo, *Parte General*, vol. II, págs. 338 y 441, define al dolo como *«el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber»* a partir de lo cual asegura que *«el dolo requiere, en principio, la conciencia de obrar contra el derecho o contra el deber»*.

<sup>19</sup> Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 42. En igual sentido se puede citar a Sebastián PICASSO, comentarista de los

Esta última posición expulsa al conocimiento de la antijuridicidad (conciencia de la ilicitud) de los requisitos componentes del dolo delictual, por lo cual no hay lugar a hesitación de que la mala fe como conocimiento de determinadas circunstancias, hechos, datos, etcétera, relevantes conforme las particularidades del acto jurídico que el derecho ilegitima cuando es utilizado inapropiadamente queda, evidentemente, fuera del dolo.

Si se lee con detenimiento el párrafo transcripto de Briz, se observa que este autor diferencia perfectamente, en la etapa intelectual, entre el conocer las circunstancias fácticas (que vinculamos con la mala fe) de saber que esa conducta es contraria a una norma jurídica.

Esta discriminación de los saberes exigidos da repuesta para propiciar la exclusión de la mala fe de la estructura constitutiva del dolo concebida por Orgaz, por cuanto éste entiende que lo conforma el tener conciencia de la ilicitud o de que se realiza un acto contrario a derecho juntamente con la intencionalidad de producir daño, pero no el conocer y utilizar antifuncionalmente una circunstancia significativa del negocio.

Sin perjuicio de esta apreciación, la disparidad sustancial entre ambos institutos está focalizada en que para configurar el dolo es primordial que exista la intención de provocar el detrimento que en el caso de la mala fe, este requisito, creemos no forma parte de su esencia porque se puede configurar cuando por negligencia no se tiene el conocimiento exigido.

---

arts. 1072/1073 en *Código Civil y Normas complementarias*, Alberto Bueres (director) Elena I. Highton (coordinadora), Buenos Aires, Hammurabi, t. 3, quien sostiene que «*la conciencia de la antijuridicidad no integra el concepto de dolo civil y que la expresión «a sabiendas» designa sólo el conocimiento en el agente del resultado dañoso que seguirá a su acción, pero no la conciencia de que, además, el acto que está por obrar es antijurídico»*. Este autor, parafraseando el pensamiento de otros doctrinarios, señala que si se hace entrar en el dolo la llamada «conciencia de la antijuridicidad» se están reuniendo en un solo concepto notas totalmente heterogéneas: «*la voluntad de realización es parte integrante de la conducta prohibida y refiere a las circunstancias llamadas objetivas del hecho. En cambio, la conciencia de la antijuridicidad no afecta a ninguna circunstancia de hecho, sino que refiere exclusivamente a la propia norma de prohibición»*. Agregan estos autores que «*la distinta pertinencia jurídica de estos dos conceptos, la voluntad de realización por un lado y la conciencia de la antijuridicidad por el otro, hace imposible su reunión bajo un concepto jurídico único»*.

La mala fe puede existir independiente del propósito de perjudicar al otro sujeto, lo cual no significa que cuando se produzca algún menoscabo deba ser reparado. O que integrado con esa intención dañina se transforme en dolo propiamente dicho y emerja el deber directo de resarcir.

En otras palabras, la mala fe comprende (porque es un concepto más amplio) pero no es sinónimo del dolo delictual el cual puede integrar como elemento independiente que se agrega a sus componentes clásicos.

### VII.1.3. *Mala fe y dolo obligacional (art. 506 C. C.)*

En esta clase de dolo se bifurcan las opiniones de los autores al momento de precisar su integración subjetiva en punto a la intención de causar daño.

En esta dirección, los profesores Cazeaux y Trigo Represas recuerdan que en doctrina hay dos interpretaciones respecto del tenor subjetivo de este tipo de dolo <sup>20</sup>.

Para algunos autores, consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa <sup>21</sup>.

En cambio, para el otro sector de la doctrina, en palabras de Andorno, es «*el querer jurídicamente relevante se endereza hacia no cumplir, pudiendo hacerlo. No es menester, a diferencia del delito civil, que haya intención de dañar...*» <sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. 1, pág. 252.

<sup>21</sup> Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed. actualizada por Enrique V. Galli, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, pág. 126; id., vol. I, pág. 126; Luis DE GÁSPERI - Augusto M. MORELLO, *Tratado de derecho civil*, «Teoría general de los hechos y actos jurídicos», Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, N° 595, t. I, pág. 863.

<sup>22</sup> Luis O. ANDORNO, «Factores subjetivo de imputación», en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 173; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, t. I, N°s 147/148, pág. 184; Carlos A. ECHEVESTI, comentario art. 506 Código Civil y Rubén H. COMPAGNUCI DE CASO, comentario a los arts. 520/521 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto J. Bueros (director) Elena Highton (coordinadora), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2 A, arts. 495/723, pág. 506; Héctor LAFAILLE, *Derecho civil, Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, t. VI, vol. I, pág. 167, etcétera.

Con respecto de quienes piensan que para la configuración del dolo debe participar la determinación dañina, le caben las mismas reflexiones desarrolladas anteriormente, pues -insistimos- no es de la esencia de la mala fe esta intencionalidad.

En cambio, en la comparación con la postura de quienes desechan la finalidad de lesionar y restringen al querer no cumplir, se percibe que el art. 506 C.C., estableció un dolo específico y exclusivo para la esfera obligacional que requiere para su configuración únicamente el conocimiento de la ilegitimidad del incumplimiento de la norma convencional.

Para completar el examen y precisar los perfiles de las figuras que se comparan, se debe traer a colación, la hipótesis regulada en el texto del art. 521 C.C. reformado por la ley 17.711, donde se prevé «la inejecución maliciosa de la obligación» que podría confundirse por la terminología utilizada con la mala fe, dado que «malicioso» significa dar mala intención a los hechos por malicia que, a su vez, es «*maldad, cualidad de malo*», «*inclinación a lo malo y contrario a la virtud*»<sup>23</sup>.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria le ha quitado importancia a la calificación y no ha dudado en establecer su sinonimia con el dolo<sup>24</sup> previsto en el art. 506 C.C. a excepción de Borda. Este autor enseña que «*en materia contractual existe un dolo (intención de no cumplir) calificado por la malicia del deudor; es un no cumplir -o, lo que es lo mismo, cumplir defectuosamente- de mala fe, desinteresándose de*

---

<sup>23</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, voces «malicioso/sa» y «malicia», pág. 1.298.

<sup>24</sup> Jorge A. MAYO, comentario al art. 521 en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, cit., t. 2, pág. 729; Pedro N. CAZEAUX, «La inejecución dolosa de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero», en *Examen y crítica de la reforma al Código Civil*, La Plata, Platense, 1971, vol. II, pág. 58; Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. 1, pág. 255; Atilio Aníbal ALTERINI, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, N° 113, pág. 100; Jorge GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 7ª ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, vol. II, pág. 78; H. LAFAILLE, ob. cit., pág. 167, dice: «*Basta con que el deudor omitiere hacerlo en forma voluntaria y conciente, porque entonces, habría mala fe*»; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños, Parte General*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 165, etcétera.

*las consecuencias que ese incumplimiento podrá causar al acreedor más allá de la órbita propia del contrato»<sup>25</sup>.*

La posición de Borda frente al nuevo contenido del art. 521 distingue correctamente entre dolo obligacional y mala fe sobre la base de que introduce el deber de protección cuando le impone a la parte tener en cuenta al ejecutar el negocio que no debe causar perjuicio inútil a la otra<sup>26</sup>.

Como antecedente de esta norma cabe citar el art. 1153 CCF, en el cual se regula que «en las obligaciones que se refieran al pago de una cierta suma, los daños y perjuicios resultantes del retraso en el cumplimiento consistirán siempre en la condena a los intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza. Estos daños y perjuicios serán debidos sin que el acreedor deba justificar ninguna pérdida... El acreedor a quien su deudor moroso hubiera causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de su retraso, podrá obtener el pago de daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito».

El dolo contractual puro se tipifica cuando se incumple con intención de no cumplir, pero se califica, cuando se le suma la malicia de conocer que mediante la inejecución del débito se pueden causar al acreedor otros perjuicios. Un ejemplo de esta hipótesis creemos encontrar en el caso de que el adquirente de un bien conoce (porque así se lo hizo saber su cocontratante o un tercero) que su acreedor (vendedor) con el dinero que percibirá concretará la compra de otro bien sobre el que tiene una reserva de prioridad con plazo determinado y demora maliciosamente el pago a los fines de que venza el plazo y pierda la preferencia. Va de suyo, que la prueba del estado subjetivo del deudor incumplidor resulta difícil si

---

<sup>25</sup> Guillermo A. BORDA, ob. cit., t. 1, pág. 88. En esta cita se ha sustituido la palabra deudor por acreedor que creemos que corresponde.

<sup>26</sup> Guillermo A. BORDA, ibídem. El ejemplo dado por este autor para defender su tesis, similar al dado por DE GÁSPERI-MORELLO, ob. cit., pág. 863, resulta muy didáctico para destacar la mala fe: «un estanciero compra a otro cien novillos; el vendedor los entrega sabiendo que están afectados por una enfermedad contagiosa, y en efecto la epidemia se extiende al resto del ganado. Aquí no hay dolo delictual, pues el vendedor no ha tenido intención de producir daño; lo que él ha querido es vender y recibir el precio. Pero ha obrado de mala fe, sabiendo que podía enfermarse el resto de la hacienda...».

se debe acreditar la intención de dañar (dolo) pero se facilita si únicamente se debe probar el conocimiento del incumplidor (mala fe).

#### VII.1.4. *Mala fe y dolo vicio de la voluntad (art. 931 C.C.)*

En este tipo de dolo, la intencionalidad antijurídica del accionar se traslada concretamente a la acción para conseguir de otra persona la ejecución de un acto. Es decir, se destacan en el art. 931 C.C., como elemento tipificante, a los engaños utilizados para inducir al otro sujeto a emitir una voluntad con la intención viciada.

La proximidad de esta clase de dolo con la mala fe es marcada en la redacción del art. 467 del *Esboço* de Freitas, donde se observa el tema desde la óptica de la víctima, al regular que «*habrá dolo, cuando los agentes practicaren el acto inducidos en error por la mala fe de la otra persona; es decir, por alguna acción u omisión de otras personas con la mira de perjudicarlo en su persona o bienes, con algún fin de provecho o sin él*»<sup>27</sup>.

Es decir, para este autor, el ejecutante que maquina e induce a error al otro estaría incumpliendo expresamente el mandato normativo del art. 1198 C.C. cuando establece que la celebración del contrato (extensible a todo acto jurídico) debe ser efectuado de buena fe.

Con respecto al tema, cuando se estudió la reconocibilidad del error en el Código Civil<sup>28</sup>, se citó el pensamiento de Planiol, Ripert y Esmein, quienes expresan que «*el que ha sabido que la otra parte estaba en error sobre un punto a sus ojos esenciales, merece ver pronunciada la nulidad en su detrimento. Es mala fe y frisa con el dolo...*»<sup>29</sup>. Este autor no iguala las figuras en estudio pero las pone en un punto de conexión muy cercano y ello es acertado toda vez que la mala fe es un concepto más amplio que el dolo cuyos perfiles son más específicos.

---

<sup>27</sup> Citado por Santos CIFUENTES, comentario art. 931 en *Código Civil y leyes complementarias...*, cit., t. 4, pág. 215.

<sup>28</sup> Pascual E. ALFERILLO, ob. cit., pág. 223.

<sup>29</sup> PLANIOL, RIPERT Y ESMEIN, *Obligaciones*, t. I, N° 177.

En aquella investigación se opinó que el Código Civil no sólo sanciona el conocimiento de la realidad en la cual se desarrolla el negocio o acto sino además, el no haber comunicado a la contraparte dicha circunstancia. En perfecta concordancia con lo transcrito, el art. 933 generaliza el deber de hacer conocer la verdad fáctica en la cual se desenvuelven los actos o negocios patrimoniales. Así, cuando aquella parte que conoció el error en el cual incurrió el autor de la declaración, se ha conducido en forma reticente o ha ocultado dolosamente las circunstancias determinantes del error, ha incurrido en una omisión dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin dicha actitud del sujeto contratante. De los requisitos enumerados por el art. 932, la gravedad del dolo pierde relevancia al existir el deber de hacer conocer el error a la parte incurso en él <sup>30</sup>.

En resumen, cuando la voluntad de quien emite la declaración determinada por el error es conocida por la contraparte, la cual sabe que no se adecua a la realidad y no lo manifestó, prevaleciendo de la ignorancia del comitente, puede ser revocado el acto como hecho por dolo, dando lugar a las indemnizaciones pertinentes.

El dolo caracterizado por el art. 931 del código sustancial, tiene por elemento esencial el engaño y por objeto inducir a error, el cual vendría a ser un tipo de error provocado. En dolo incurre el sujeto engañador y en error, el engañado o inducido <sup>31</sup>.

En este caso, la distinción entre el dolo como vicio de la voluntad y la mala fe es difícil de establecer pues transita por una zona gris muy amplia, por lo que para delimitar sus ámbitos es ineludible examinar: a) el conocimiento de la situación fáctica, b) la acción de engañar y c) la intención de obtener una expresión de voluntad de la otra parte.

El conocimiento de la realidad de las circunstancias relevantes (verbigracia, existencia de impedimento en el matrimonio putativo) es ineludible en el sujeto activo para poder pergeñar el engaño y accionar en consecuencia. Si no conoce, no puede inducir a otro a la realización del acto,

---

<sup>30</sup> Pascual E. ALFERILLO, ob. cit., pág. 233.

<sup>31</sup> Santos CIFUENTES, ob. cit., t. 4, pág. 217, Idem *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 409; Juan Carlos GARIBOTTO, *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 169; Julio César RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. II, pág. 807.

no pudiendo ser calificado su actuar como doloso. Sin embargo, autónomamente podrá ser tildado de mala fe por la negligencia en que incurrió dado que debía tener, por las calidades personales, tiempo y modo, ese conocimiento y no lo posee.

Desde esta perspectiva cuando se «debía conocer» los hechos que dan origen a la ilegitimidad del accionar pero no se conocen por culpa inexcusable ya se está incurrido en mala fe, pero en este caso y por lógica consecuencia de esa falta o errónea información, no se puede inducir a error maliciosamente a la otra, si no está ante un acto celebrado con error de ambas partes, punto a partir del cual habrá que juzgar si ellos son justificables<sup>32</sup>.

En síntesis, la acción de engañar para conseguir una voluntad de otro descrita en el art. 931 como «toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación» no es de la esencia de la mala fe, dado que la tipificación de ésta recae fundamentalmente en tener el conocimiento relevante y el dolo, en la acción de equivocar o embaucar al otro. Es decir, en este caso la mala fe transita la misma senda que la acción dolosa y llegan a un mismo resultado, de suyo, no querido por el derecho.

A partir de este cotejo debemos compartir con Planiol, Ripert, Esmein y Spota, que la mala fe está cerca, se aproxima, frisa pero no es dolo, pues este es un instituto específico donde la intencionalidad de obtener el negocio es tipificante; en cambio, la mala fe es una causa de reprochabilidad más amplia en la cual puede no existir dicha intención.

## VII.2. *Mala fe y culpa*

En los estudios precedentes se destacó, con especial énfasis, que la existencia de casos en los cuales la ley califica al sujeto como incurrido en

---

<sup>32</sup> Pascual E. ALFERILLO, ob. cit., pág. 228. En ese trabajo se distinguió entre error común y error bilateral. El primero es aquel que no se presenta como una suma de hechos unilaterales, sino como un evento intersubjetivo, que tiene bajo ese aspecto la misma naturaleza que la declaración común. En cambio, el bilateral es caracterizado como el resultante de la suma de hechos unilaterales; es decir, ambas partes han llegado a esa situación en forma independiente.



mala fe a pesar de no tener, por negligencia, el conocimiento relevante que le era exigible, constituye la razón lógica más importante que impide legal y doctrinariamente, asimilar totalmente la mala fe al dolo<sup>33</sup>.

### *VII.2.1. La mala fe negligente en el Código Civil*

En el contenido de los arts. 224 (matrimonio putativo), 2176 (vicios redhibitorios) y 2569 (transformación de cosa ajena) C.C., concretamente, se califica al sujeto como de mala fe en función del conocimiento que debió tener. Es decir, a pesar de no estar al corriente de las circunstancias relevantes relacionadas con el acto, no podrá ser eximido de ser calificado y de las responsabilidades de la mala fe cuando su ignorancia sea inexcusable.

En estos casos, no se puede asegurar que el sujeto transgresor conocía el hecho, circunstancia o motivo que torna reprochable su conducta, pero indudablemente se lo tildará incurso en mala fe, por no haber obrado con la diligencia que era menester conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar para adquirir el conocimiento. Pero fundamentalmente, porque al derecho le interesa que el sujeto tenga ese conocimiento y, de ese modo, pueda hacerlo conocer al otro partícipe del acto para evitar daños inútiles. Al no poseer ese saber, por negligencia o desidia, emite una voluntad con error inexcusable; no puede transmitir a la otra parte la información y no evita la celebración de un acto que ocasionará daño, de donde la imputación de las responsabilidades al sujeto descuidado es una correcta decisión de la ley.

---

<sup>33</sup>E. DANZ, ob. cit., pág. 197; Cám. Nac. Civ., Sala C, 28/2/85, «Feldman, Manuel c/ Metropolitana, S.A., Cía. Inmobiliaria», L.L. 1985-C, 412, D.J. 985-46-489, A.J. 985-II-381, en este fallo se dijo que «El factor de atribución, la culpa (mala fe), que se exterioriza con el incumplimiento resuelve el contrato y el contratante que había recibido el pago, al desaparecer la causa, no puede ostentar título para el uso del dinero, ni actual ni pasado. Ciertamente es que, en el caso, la culpa y la mora tuvieron su tiempo posterior a la percepción de los dineros (en el caso, de algunas partidas o cuotas) pero al desaparecer la causa por efecto de esta situación pasible de reproche subjetivo, no puede alegarse la buena fe en la retención del dinero ni aun por el lapso anterior. Se poseía la contraprestación (o parte de ella) en orden a una conducta prometida que no se satisfizo. No puede concebirse una buena fe relacionada con una deuda que a la postre no se cumple, por motivos imputables al tomador de los pagos (del voto del doctor Duradoña y Vedia)...».

Además de estas puntuales referencias llevadas a cabo por el legislador a la mala fe derivada de la negligencia en informarse sobre las circunstancias del acto, se puede analizar el contenido de los arts. 2356, 4006, 4007 y 2771 C.C. donde se dan pautas concretas para determinar la negligencia que lleva a la mala fe.

Como se comprende, la excusabilidad de la mala fe está íntimamente ligada a la diligencia exigida para llegar al conocimiento exigido por la ley.

### *VII.2. 2. La mala fe excusable*

La doctrina jurisprudencial ha sido elocuente en destacar que en algunos casos de mala fe el sujeto ha llegado a ese estado intelectual reprochable por su accionar culposo. Va de suyo, que sólo la que se configura por ignorancia o error puede ser excusable no alcanzando a los casos en que el sujeto efectivamente tenía el conocimiento de los hechos o motivos causantes de la ilegitimidad de su actuar.

Esta idea quedó plasmada cuando se juzgó que «la mala fe se configura no sólo por el efectivo conocimiento del impedimento sino también por el conocimiento que de él se hubiera debido tener, de manera que no queda excusado el comportamiento negligente de quien habría podido conocer la verdad a poco que indagara...»<sup>34</sup>.

En igual sentido se resolvió que «no hay buena fe, sino mala fe, cuando el error es producto de una conducta acreditada de ingenuidad, ligereza o subordinación»<sup>35</sup>.

También en el marco de una acción por vicios redhibitorios iniciada por el propietario de un edificio contra la empresa constructora por la caída de un balcón del inmueble corresponde considerar de mala fe «la conducta de los integrantes de la accionada si por su profesión u oficio conocieron o debieron conocer la existencia del vicio y no lo manifestaron a los compradores...»<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cám. Nac. Civil, Sala G, 18/3/83, «R., L. c/ T., A. A.», E.D. 105-573

<sup>35</sup> Juzgado de 1ª Instancia C. y C., 6ª Nom. Córdoba, 17/4/89, «Fuentes, Hugo c/ Aird, Juan J.», L.L.C. 1990-407.

<sup>36</sup> Cám. Nac. Civ., Sala C, 30/6/00, «Marini, José A. y otra c/ Consorcio Atica, I S.R.L.», E.D. 190-259.

Cuando se investigó sobre el error excusable, conceptos aplicables a la mala fe justificable con las adecuaciones correspondiente, se expuso que «el sujeto emisor de la voluntad viciada por el error ha llegado a ese estado psicológico porque no tomó las previsiones mínimas en el periodo formativo de su voluntad o bien su diligencia no fue suficiente para superar los obstáculos que se han opuesto para llegar al conocimiento pleno de la verdad». Es decir, desde la negligencia extrema hasta las diligencias que tornan razonable el error, existe una diversidad de conductas factibles. Vélez Sársfield interpretó a estas conductas dándoles un tratamiento distinto, caracterizando, en el art. 929, al error excusable como aquel que no perjudica cuando ha habido razón para errar. Respecto al error inexcusable expresó: «*no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable*»<sup>37</sup>.

Así entonces, la mala fe será excusable cuando no se tiene el conocimiento (ignorancia) o se tiene uno equivocado (error) de la situación, circunstancias, datos, etc. relevante exigido por la ley debido a una negligencia justificable.

### VIII. Reflexiones finales

A modo de conclusiones finales de estas consideraciones y más allá del concepto y clasificación que se ha esbozado de la mala fe, la comparación con los clásicos factores de atribución subjetivos conocidos atrae la atención pues, como conclusión de toda la exposición realizada pensamos que la mala fe es un factor de atribución subjetivo independiente del dolo y de la culpa, por lo cual *per se* tiene esta inconducta la capacidad para generar o justificar socialmente y, por ende, jurídicamente, el deber de resarcir los daños que ocasiona.

Este pensamiento adquiere mayor relevancia, cuando ponderamos la mala fe desde la óptica de los nuevos derechos nacidos para solucionar los especiales conflictos que se generan en la sociedad tecnológica o post

---

<sup>37</sup> Pascual E. ALFERILLO, ob. cit., pág. 224.

moderna que nos toca vivir, donde la técnica llevada a extremo y en permanente evolución, permite una óptima difusión de la información y, como contrapartida, la despersonalización de las relaciones inter subjetivas. En este contexto, la mala fe se erige a futuro como el factor de atribución subjetivo óptimo para justificar las punitivas.

Esta inquietud, no cabe la menor duda, merece un estudio de mayor profundidad que excede el marco de estas reflexiones que hemos compartido.

## LA ACCIÓN PREVENTIVA

por JORGE WALTER PEYRANO \*

*«El juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas, y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador»*

(Eduardo Couture)

*«El juez es el administrador de la justicia, con ley, sin ley o contra la ley.*

*Porque el valor justicia prevalece sobre la ley; y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla, cuando manda en el Preámbulo, afianzar la Justicia»*

(Germán Bidart Campos)

**SUMARIO:** I. La jurisdicción preventiva. II. La tutela judicial efectiva. III. Herramientas procesales mediante las cuales se puede hacer valer una tutela preventiva.

---

\* Discurso de recepción como académico correspondiente en Rosario, pronunciado el 16 de septiembre de 2003, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

IV. La acción preventiva. 1. La acción preventiva como manifestación de la jurisdicción preventiva. Antecedentes. Fundamentos. 2. Ambito de actuación de las acciones preventivas. 3. Clasificaciones de las acciones preventivas. 4. Finalidades de las acciones preventivas. 5. Singularidades de las acciones preventivas. 6. Procedimiento de las acciones preventivas. 7. Acerca de las sentencias que admiten acciones preventivas. 8. Algunas acciones preventivas reguladas legalmente. V. Colofón.

## I. La jurisdicción preventiva

Si algo caracteriza al proceso civil de hoy, es la poca paciencia de los justiciables. A diferencia de tiempos pasados (donde, resignadamente, aguardaban el resultado del lento devenir de la maquinaria judicial) hoy exigen ser reconfortados con resoluciones expeditas <sup>1</sup> de sus expectativas. Mientras ayer, mansamente, se conformaban con alguna decisión injusta, hogaño reclaman indignados por lo que consideran que es su derecho. En mucho ha contribuido a esto último, el creciente interés de los *mass media* por el quehacer de los magistrados <sup>2</sup>.

En verdad, ya para los justiciables no es suficiente saber que más o menos rápidamente se los restituirá en el ejercicio de sus derechos violados o desconocidos. Conscientemente, a veces, inadvertidamente, otras; piden algo más: que se les ahorre ser víctimas del quebrantamiento -en sentido amplio- en su desmedro, del orden normativo. Existe en la gente una suerte de percepción acerca de que la razón de ser del sistema jurisdiccional se apoya en buena parte, en su aptitud para proporcionar respuestas dentro de un lapso razonable <sup>3</sup>; respuestas que, llegado el caso,

---

<sup>1</sup> Jorge W. PEYRANO, «La acción preventiva. Modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual», en *Nuevas apostillas procesales*, Santa Fe, Panamericana, 2003, pág. 47.

<sup>2</sup> Jorge W. PEYRANO, «El proceso civil que viene», en el Libro de Ponencias del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho celebrado en Córdoba en 1999, pág. 811: «... en la existencia de los referidos reclamos, mucho tiene que ver el hecho de que los medios de comunicación (en especial la televisión) al favorecer el conocimiento de lo que está aconteciendo en otros lugares y al otorgarle protagonismo social a los «demandantes de justicia» vienen a realimentar y a exacerbar a límites inaceptables las apatencias de los justiciables».

<sup>3</sup> Augusto MORELLO, *Al final de una época*, La Plata, Platense, 2001, pág. 151.

pueden y deben ser profilácticas, es decir, que deben anticiparse al posible quebrantamiento del orden jurídico. Pruebas al canto: la masividad de ciertos planteos consistentes en amparos preventivos (anteriormente impensables) que hoy la doctrina autoral considera procedentes. Así, Sagüés se extiende sobre el particular, diciendo: «*Sin embargo, la doctrina, admite el amparo ante la amenaza de una lesión que sea precisa, concreta e inminente (Enrique Martínez Paz), grave (Rafael Bielsa), cierta, actual e inminente (José Luis Lazzarini) o, como el mismo Fiorini lo admite, «cuando el acto arbitrario se ha dictado y no se ejecuta, pero su proyección es tan patente cual si fuera una expresión de intimidación».* La jurisprudencia nacional ha aceptado esta conclusión. El amparo trata de salvar en el presente y el futuro los derechos vulnerados, procediendo cuando los actos o decisiones administrativos constituyen una amenaza de lesión cierta, actual e inminente, cuya entidad justifica el reclamo de tutela judicial (por ejemplo, intervención decretada a la Asociación Bancaria, regional Tucumán, pero demorada hasta nueva orden <sup>4</sup>. Empero, se diga lo que se quiera, aún hoy prevalece, oculta pero operativa, una idea vindicativa <sup>5</sup> acerca de la jurisdicción, sus alcances y funciones. Pensamos que no hemos podido despojarnos todavía de la creencia de que sólo el derecho violado merece ser tutelado. Pruebas aportadas: en la actualidad -exclusión hecha del ámbito de los especialistas- sigue siendo una figura hasta cierto punto exótica el instituto de vieja data <sup>6</sup> de la acción (*rectius*: pretensión) meramente declarativa. Enseñaba, con razón, Rosas Lichtschein: «*En un principio y durante mucho tiempo, el caso del derecho violado polarizó a los técnicos en procedimientos, los hizo girar alrededor de la acción de condena, convertida así en la única especie de litigio imaginable y los*

---

<sup>4</sup> Néstor P. SAGÜÉS, *Ley de amparo. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pág. 93.

<sup>5</sup> Conforme al *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, «vindicativo» es equivalente a «vengativo», y en otra acepción a «recuperar» o «reivindicar».

<sup>6</sup> Guillermo ENDERLE, *La pretensión meramente declarativa*, La Plata, Platense, 1992, pág. 60.

*convenció de que a la jurisdicción sólo competía los conflictos surgidos a raíz de la transgresión en un derecho»* <sup>7</sup>.

Seguimos hipnotizados -inadvertidamente, a veces- con el preconceito de que sólo ante la existencia de un derecho lesionado puede postularse, exitosamente, el ejercicio de actividad jurisdiccional. El ejercicio de una función jurisdiccional preventiva -a la que persiguen estimular las acciones preventivas que nos ocupan- es, en cambio, para nosotros uno de los «mandamientos» que debe cumplir el buen juez civil del siglo XXI <sup>8</sup>. Sin embargo, lo confesamos e insistimos en el punto, prevalece en el «imaginario» procesal civil de hoy la situación que condenaba Borchard hace más de cincuenta años: «Hasta tiempos relativamente modernos, en una mayoría de países se sostenía que la perpetración de algún daño físico, consumado o intentado, al constituir una condición previa de la actividad judicial, presentaba al tribunal como vengador del damnificado a través de las penas civiles o criminales adecuadas para restituir el equilibrio desaparecido y vindicar la ley» <sup>9</sup>.

No sólo la necesidad de abandonar una visión estrecha de la función jurisdiccional conspira, decididamente, para que en los tiempos que corren sea menester consolidar la tutela judicial preventiva de daños. Sucede que el poder administrador -que tradicionalmente procuraba, en ejercicio de su poder de policía, evitar daños a los administrados, controlando y regulando los factores que podían generarlos- se encuentra en retirada en el clima neoliberal que impregna a las instituciones políticas, administrativas y jurídicas desde hace algún tiempo <sup>10</sup>. Sobre el particular, hemos subrayado que «*el achicamiento del Estado que se ha registrado en*

---

<sup>7</sup> Miguel Angel ROSAS LICHTSCHEIN, «Acción mere declarativa», Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, N° 56/57.

<sup>8</sup> Jorge W. PEYRANO, «El perfil deseable del juez civil del siglo XXI», LexisNexis, J.A. del 10/10/01, pág. 3 y ss..

<sup>9</sup> Edwin BORCHARD, «Las sentencias declarativas», trad. de Marta Mercader, Revista de Derecho Procesal Nros 3 y 4, 1947, pág. 567.

<sup>10</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 423: «... en tiempos actuales el Estado ha abandonado en buena medida su intervención reguladora en variadas actividades, desatendiéndose colateralmente de sus potenciales efectos nocivos para terceros».



*la casi totalidad de las naciones iberoamericanas. Dicha circunstancia ha provocado la desaparición de organismos dependientes del poder administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con «tutelas diferenciadas» de las corrientes, que les permitan ejercer cabalmente el nuevo perfil que -de hecho- les ha conferido la sociedad»<sup>11</sup>.*

Puntualiza Zavala de González que «tradicionalmente se entendió que la prevención compulsiva de los daños era incumbencia del derecho administrativo y tarea estatal»<sup>12</sup>, aunque también otras ramas del derecho reclaman alguna injerencia en la materia<sup>13</sup>.

Como fuere, lo cierto es que el derecho privado clásico, se desinteresó de la tutela preventiva, por entender que el tema le pertenecía al derecho administrativo y que la misión de aquél era únicamente actuar después de la lesión<sup>14</sup>. De todos modos, cabe reconocer que algunos civilistas han sido pioneros en la lucha por imponer la tutela judicial preventiva, a la que denominan tutela inhibitoria<sup>15</sup>.

Habida cuenta del eclipsamiento del Estado han sido llamados a escena los jueces, en especial para brindar tutelas preventivas; adquiriendo así relevancia en la materia el derecho procesal civil, que debe proporcio-

---

<sup>11</sup> Vide, de nuestra autoría, «La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución», en *Medidas autosatisfactivas*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 21.

<sup>12</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 427.

<sup>13</sup> Carlos GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 332: «La prevención del daño no sólo es un tema civil, sino también administrativo, penal, contravencional y aun constitucional».

<sup>14</sup> Ricardo LORENZETTI, «La tutela civil inhibitoria», L.L. 1995-C, Sección Doctrina, pág. 1218.

<sup>15</sup> Pueden mencionarse los casos del autor citado en la nota precedente y de Noemí NICOLAU, «La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la C.N.», L.L. 1996 A, Sección Doctrina, pág. 1245 y ss..

nar instituciones idóneas para proporcionar tutelas preventivas adecuadas y eficientes.

Lo manifestado no debe suscitar equivocaciones y hacer así pensar que el ideario de que frente a determinadas coyunturas los magistrados deben actuar «antes y no después» posee reciente data. Adviértase que ya los interdictos romanos tenían elementos de «prevención»<sup>16</sup> y que un clásico «insospechable» como Calamandrei defendía, hace ya varias décadas, posiciones afines a las sustentadas por el ideario de referencia<sup>17</sup>.

Hoy es indiscutible que el perfil del juez civil ideal del siglo XXI<sup>18</sup> debe contar con un costado profiláctico y que en su mérito puede y debe conjurar amenazas de quebrantamientos del orden jurídico que se le ha encomendado, primero mantenerse incólume y restablecerlo, sólo llegado el caso.

Desde el vamos, conviene esclarecer que la función judicial preventiva es mucho más amplia que la que deben cumplir los tribunales como consecuencia de la promoción de acciones (la mere declarativa o la preventiva que nos ocupa) tendientes a evitar la producción de lesiones para el orden jurídico.

Veremos, a continuación, algunas manifestaciones de la mencionada función judicial preventiva que no constituyen derivaciones del ejercicio de una acción mere declarativa o de una acción preventiva.

---

<sup>16</sup> Ricardo LORENZETTI, ob. cit., pág. 1210.

<sup>17</sup> Piero CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Omeba, 1945, pág. 40: «Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico...».

<sup>18</sup> Jorge W. PEYRANO, «El perfil deseable...».

Así, en materia disciplinaria, la bienvenida decisión del magistrado que sin aplicar directamente una sanción disciplinaria, le advierte a un letrado que de persistir en su actitud obstructiva (v.gr., promoción de incidencias notoriamente infundadas) puede ser objeto de la medida disciplinaria del caso <sup>19</sup>. Alguna difusión tiene la práctica pretoriana de «llamar la atención» del abogado que está en un tris de incurrir en una inconducta procesal. Dicho «llamamiento» no es considerado sanción disciplinaria y por ello es irrecurrible. Tiene la ventaja de que no genera agravio alguno para el abogado, quien, por lo común, acata la advertencia y abandona su proceder desleal. Y qué decir de la prevención del abuso procesal, íntimamente conectada con lo anterior. El llamado abuso procesal contextual <sup>20</sup>, donde una pluralidad de actos procesales, homogéneos o heterogéneos, permite al juez descubrir una estrategia de parte encaminada a entorpecer la marcha de la causa, es terreno fértil para que el órgano jurisdiccional alerte a quien corresponda acerca de que está al borde de cometer un abuso procesal digno de las sanciones pertinentes. El caso «Presenza» aporta una excelente demostración práctica de cómo y cuándo puede prevenirse un abuso procesal, consistente en la especie de una pluralidad de maniobras (presentación en concurso luego desistido, ulterior presentación en quiebra voluntaria y después pedido de «conversión») encaminadas a postergar indefinidamente la realización de una subasta judicial <sup>21</sup>. Cabe consignar que el Código Procesal Civil peruano

---

<sup>19</sup> Jorge W. PEYRANO, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, Rosario, Zeus, 1997, pág. 41: «El llamado de atención no constituye stricto sensu una corrección disciplinaria, sino un medio profiláctico tendiente a evitar la aplicación de sanciones de ese tipo. De ahí que dicha advertencia no sea apelable. La materialización de un llamado de atención (que puede decretar el tribunal en uso de sus facultades genéricas concedidas a fin de que pueda mantener el buen orden del proceso) no está sujeto a ningún tipo de procedimiento previo».

<sup>20</sup> Jorge W. PEYRANO, «Apuntes sobre dos temas poco transitados del abuso procesal: vías para obtener la declaración de que una conducta procesal resulta abusiva y el denominado abuso contextual», J.A. 2001-II-991.

<sup>21</sup> Omar BARBERO y Héctor CÁRDENAS, «Abuso de derecho del deudor al pedir su quiebra, su concurso preventivo o la conversión de aquélla en éste al solo fin de suspender una inminente subasta», E.D., t. 191, pág. 64.

cuenta con una norma <sup>22</sup> legitimante de una prevención de actitudes procesales abusivas. Igualmente, la materia de las nulidades procesales puede ser un terreno adecuado para desarrollar tareas jurisdiccionales «preventivas», aunque el ordenamiento legal respectivo carezca de un procedimiento «saneador» <sup>23</sup>. Siempre nos ha extrañado el pertinaz silencio guardado por los magistrados cuando notan la comisión de un yerro procedimental insalvable, que fatalmente determinará una ulterior declaración de invalidez. ¿No sería mejor para todos (para el interés del servicio de justicia, también) que *ab initio* el tribunal dispusiera lo conducente a purgar la nulidad de que se trate, concretando así lo que se ha dado en llamar «reconducción de postulaciones»? <sup>24</sup>.

También pensamos que podría inscribirse como perteneciente a la jurisdicción preventiva la novedosa «pretensión modalizadora» de la ejecución de resoluciones judiciales, propuesta merced a una inteligente interpretación de los arts. 163 inc. 7 C.P.C.C.N. y 1069 última parte C.C.. Con dicha pretensión, se procura prevenir un innecesario agravamiento de la situación patrimonial del condenado judicialmente a pagar una suma de dinero, mediante, v.gr., la concesión de plazos para el cumplimiento de la condena <sup>25</sup>. El mencionado «agravamiento» puede determinar la ruina de un deudor condenado a pagar una gruesa suma de dinero de una vez y perentoriamente. Frecuentemente, tanta rigidez en la condena pecuniaria deriva en un indeseable (y evitable, a veces) juicio concursal, con su correspondiente incremento de gastos para el concursado y quitas y demoras para el acreedor. Nos preguntamos: ¿resulta atinado exigirle al condenado judicialmente el pago íntegro de una abultada suma de dinero dentro del plazo de diez días, digamos, sabedores todos (juez, actor y demandado) de que su cumplimiento dentro de dicho término es imposible y de que esto último puede desembocar en un pedido de concurso

---

<sup>22</sup> Art. IV, *in fine*, del título preliminar del C.P.C. peruano: «El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria».

<sup>23</sup> Así, el art. 21 del C.P.C. santafesino establece que el juez puede «disponer cualquier diligencia que fuere necesaria para evitar la nulidad del procedimiento».

<sup>24</sup> Jorge W. PEYRANO, «*Jura novit curia* procesal: la reconducción de postulaciones», E.D. 191-589.

<sup>25</sup> Jorge W. PEYRANO, «El perfil deseable...», pág. 10.

donde la chance de cobro del acreedor sería menor y donde se incrementaría el deterioro del patrimonio del deudor? ¿Por qué no proporcionarle al deudor del ejemplo la oportunidad (tomando los recaudos del caso, para no perjudicar las expectativas de cobro del acreedor) de cumplir con el mandato judicial mediante «facilidades de pago»? Cabe acotar que la mayoría de los códigos procesales civiles del país <sup>26</sup> no regulan expresamente el *quantum* del plazo a otorgar para el cumplimiento de sentencias con sustancia pecuniaria. ¿Por qué, entonces, no aprovechar tal circunstancia para dar cabida -cuando realmente correspondiera- a la equidad (tan bienvenida en horas de crisis) en el tratamiento de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales pecuniarias? <sup>27</sup>. En momentos donde los argentinos soportábamos otra remezón económica, propusimos (para dar respuesta a la necesidad de desindexar créditos sometidos a mecanismos indexatorios) la posibilidad de que los magistrados concedieran facilidades de pago frente a determinadas situaciones <sup>28</sup>. Para concretar tal propuesta aprovechamos y desarrollamos ideas de Moisset de Espanés y de otros prestigiosos civilistas cordobeses <sup>29</sup>. Bien dice Evans que «*hay que separar claramente lo que es condena propiamente dicha, de los modos de cumplimiento de esa condena. La flexibilización o el pago en cuotas son algunos de los modos de cumplimiento de esa condena, que se modaliza para evitar su cumplimiento abrupto o forzado*» <sup>30</sup>. Una ley formoseña -la 1373 modificada por ley 1378- ya ha incorporado la «modalización» de condenas pecuniarias judiciales. Cabe acotar que en el caso «San Luis» de redolarización

---

<sup>26</sup> Guillermo Federico EVANS, *Reparación modalizada del daño*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, *passim*.

<sup>27</sup> Jorge W. PEYRANO, «La flexibilización del cumplimiento de la sentencia condenatoria pecuniaria», E.D., boletín del 12/5/03, pág. 1.

<sup>28</sup> Jorge W. PEYRANO, *El proceso desindexatorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, pág. 85.

<sup>29</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Universidad, 1981.

<sup>30</sup> Guillermo EVANS, «La modalización de las condenas pecuniarias: una herramienta de crisis que pueden brindar los arts. 163 inciso 7° y 511 C.P.N. y que ya tiene recepción legislativa provincial y atisbos de aplicación por la Corte Suprema de Justicia», Ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

de un depósito bancario institucional, en nuestro tribunal cimero consagró un mecanismo «modalizado» de la condena judicial impuesta, tal y como lo subraya Evans aunque enjuicie algunos de los fundamentos legales invocados por la Corte <sup>31</sup>. También nosotros pensamos que la susodicha decisión de la Corte federal presenta atisbos de «modalización». Comentando el precitado caso «San Luis» sostuvimos que «con una buena dosis de realismo» <sup>32</sup> y con el aval del art. 163 inc. 7 C.P.C.C.N. <sup>33</sup>, la Corte ha conjugado «la potestad de fijar un plazo razonable para el cumplimiento, con la necesidad de satisfacer el crédito procurando evitar perjuicios innecesarios; entre éstos, considerando la enorme cantidad de acreedores que se encuentran en idéntica situación frente a las entidades financieras. En mérito de lo anteriormente expresado se condenó al Banco Nación a devolverle a la Provincia de San Luis las sumas depositadas por ésta en dólares estadounidenses o su equivalente al valor en pesos según la cotización libre de cambios tipo vendedor al día del pago, pero fijando *«el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazo de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado»* <sup>34</sup>.

Otro supuesto de función judicial preventiva está representado por el llamado «mandato preventivo», conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no. Cabe memorar que en las II Jornadas de Derecho Procesal Argentino -llevadas a cabo en Villa Mercedes (San Luis)

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Jorge W. PEYRANO, «Apuntes sobre aspectos procesales del fallo redolarizador de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en *Efectos de la redolarización*, obra colectiva, Buenos Aires, Nova Tesis, 2003, pág. 21.

<sup>33</sup> Art. 163 inc. 7 C.P.C.C.N.: «Sentencia definitiva de primera instancia. La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener...7) El plazo que se otorgarse para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución».

<sup>34</sup> Vide trabajo citado en nota 32.

los días 22, 23 y 24 de agosto de 1991- se declaró, a modo de síntesis de la evolución que venimos marcando, lo siguiente: «La figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez «boca de la ley» al juez «teleólogo», para concluir con el juez «con responsabilidad social». Por ello es que, en la actualidad, al lado de las tradicionales facultades oficiosas de los jueces en materia procedimental existen las facultades oficiosas de los jueces en el campo de la responsabilidad y solidaridad sociales».

Establecido todo lo anterior, ya estamos en condiciones de subrayar que los jueces -en cumplimiento de su cometido- suelen dictar lo que podrían denominarse «mandatos periféricos», que son aquellos que obligan a adoptar determinados comportamientos a sujetos que no son partes ni terceros, lo que provoca que las sanciones a imponer a raíz de su desobediencia presenten particularidades que no pueden resolverse con la simple aplicación de la doctrina de las cargas procesales o del valor probatorio de la conducta en juicio.

Tal «mandato periférico» es el pedido de informes <sup>35</sup>, como la citación de un testigo <sup>36</sup>.

Tenemos, entonces, ya dos conceptos de suma utilidad para fijar mejor lo que vendrá: el de jueces «con responsabilidad social» y el de «mandato periférico». Faltaría un tercero: la «función preventiva de daños» <sup>37</sup> que deben cumplimentar los magistrados, y sobre la que nos dice Vázquez Ferreyra: *«Esta función preventiva se manifiesta en un doble aspecto: a) atacar una situación de riesgo o peligro con el fin de hacer imposible que se produzca un daño, o al menos evitar, con el mayor grado de probabili-*

---

<sup>35</sup> Art. 396 y ss. C.P.C.C.N. (leyes 17.454 y 22.434).

<sup>36</sup> Art. 426 y ss. C.P.C.C.N. (leyes 17.454 y 22.434).

<sup>37</sup> Augusto MORELLO y Gabriel STIGLITZ, «Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia», L.L. 1987-D, pág. 366: *«No puede soslayarse el progresivo incremento del número de accidentes, que aumenta año a año a despecho de las medidas de seguridad introducidas por las autoridades administrativas. Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. De allí que la prevención es función que no escapa al campo de la acción de la justicia civil, que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la administración que se revelan insuficientes».*

*dad tal resultado, y b) atenuar las consecuencias del evento si es que el daño llega a concretarse, limitando en lo posible la magnitud de los perjuicios y preservar al máximo el valor de los bienes lesionados»* <sup>38</sup>.

De lo que se trata es de diseñar un Poder Judicial comprometido con la realidad social que no se limite a condenar el resarcimiento de los daños acaecidos, sino que, además, provea lo conducente a procurar que tales perjuicios no se reiteren <sup>39</sup>; y todo ello aunque vaya en desmedro de los principios dispositivos y de congruencia rígidamente entendidos conforme al tradicional modelo «individualístico» del proceso civil, que sólo concibe a éste como método de debate y solución del litigio suscitado, y nada más. Y no se crea que con todo esto se está proponiendo una primicia absoluta. En los escasos decisorios y comentarios doctrinales elaborados sobre el particular, suelen citar nada menos que a Henoch Aguiar como propiciando una postura muy afín a lo que hoy se conoce como «*función preventiva de daños*» <sup>40</sup>.

Contando ya con los tres pivotes sobre los que gira la categoría de los «mandatos preventivos», pasamos a relatar sumariamente dos casos ejemplares donde -sin percatarse, claro está- los tribunales intervinientes emitieron sendos mandatos que merecen tal calificativo. Una vez más, la jurisprudencia marchó por delante de la doctrina que *a posteriori* tomó nota del nuevo concepto y procedió a burilarlo y a estudiarlo en profundidad.

El primer caso <sup>41</sup> -reiteradamente citado-<sup>42</sup> consistió en una pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de una menor, ahogada en una acumulación artificial de aguas forma-

---

<sup>38</sup> Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, «Función de prevención de la responsabilidad por daños», Zeus, Boletín Nº 3854, febrero de 1990.

<sup>39</sup> Augusto MORELLO y Gabriel STIGLITZ, «Función preventiva del derecho de daños», J.A. 1988-III, pág. 116 y ss..

<sup>40</sup> Henoch AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, TEA, t. IV, pág. 172.

<sup>41</sup> Vide resolución de la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, agosto de 1988, J.A., 1988-III, pág. 96. En rigor de verdad, el *leading case* en la materia fue «Altamirano» producido en 1986 por la justicia civil de Morón comentado favorablemente por Augusto MORELLO y Gabriel STIGLITZ («Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia», L.L. 1987-D, pág. 364 y por Germán BIDART CAMPOS, «Los intereses difusos mezclados en una cuestión de derecho minero», E.D., t. 124. Cabe destacar que, de algún modo, «Altamirano» siguió las aguas



da en terrenos del Ejército argentino. La parte actora se circunscribió a formular el reclamo resarcitorio. Sin embargo, el tribunal *ex officio* (además de hacer lugar a las pretensiones del demandante) dispuso -advertido de la grave situación de peligro existente para la comunidad por la posibilidad cierta de que se repitieran accidentes análogos- la construcción de una cerca que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar; todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes y a costa de la demandada. A tan creativa y adecuada solución arribó el tribunal interviniente -luego de fundar extensa e ilustradamente su postura-, no obstante que nada pidió en tal sentido la actora, con lo que -así lo reconoce el propio órgano judicial, fautor del decisorio- se vino a actuar «al margen del régimen normal de la legitimación individual y de un cerrado principio de congruencia pensado para el manejo de aquel clásico conflicto entre Cayo y Ticio».

El segundo <sup>43</sup> de los señeros fallos a los que nos venimos refiriendo, también parte de un proceso promovido con base en una pretensión resarcitoria. Se trataba de un juicio de daños y perjuicios por la muerte de una persona electrocutada en virtud del mal estado del tendido público de electricidad. En definitiva, se condenó a resarcir a la Empresa Provincial de Energía Eléctrica de Santa Fe, en su carácter de guardián del tendido eléctrico. En el caso, el proceder del órgano judicial fue, si se quiere, un poco más «tímido» porque se limitó a hacer saber a la condenada «la imperiosa necesidad de sustituir» ciertos conductores eléctricos, y a dar participación al ministerio público que -conforme al régimen legal imperante en la provincia de Santa Fe- podía estar en condiciones de promover acciones tendientes a tutelar los intereses comunes afectados por el susodicho pésimo estado de conservación del tendido eléctrico público. También en este caso debe señalarse el acopio de fundamentación reali-

---

abiertas por un recordado voto del Dr. Gualberto L. Sosa pronunciado en «Celulosa Argentina», publicado en L.L. 1979-A, pág. 225.

<sup>42</sup> Jorge W. PEYRANO, *El proceso atípico*, Buenos Aires, Universidad, 1993, pág. 28.

<sup>43</sup> Zeus, Boletín N° 3452, febrero de 1990; decisorio del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 4 de Santa Fe, de octubre de 1989.

zado por el tribunal interviniente. Igualmente, es menester remarcar que tampoco en este supuesto la parte actora procuró lo que oficiosamente decretara el órgano jurisdiccional.

Si se repasan los contenidos de los fallos ejemplares aportados se advierte que en todos ellos el principio dispositivo, la legitimación procesal y el principio de congruencia han sido de algún modo dejados de lado, en miras a preservar intereses superiores.

Si bien se observa, las susodichas causas fueron la mera ocasión para que los respectivos jueces tomaran conocimiento -y obraran en consecuencia- de la existencia de una realidad sobre la que debían operar por más que nada se les hubiera pedido en tal sentido. En puridad, quizá no sea del todo exacto decir que en los casos arrimados se habían soslayado los principios dispositivos y de congruencia y la legitimación procesal, puesto que, en realidad, tales principios pueden y deben funcionar en el entramado «normal» del proceso y no en supuestos donde, obviamente, el accionar del juez debe exorbitar la solución de la concreta litis planteada.

De cualquier manera, somos los primeros en admitir la rica problemática que encierra la novedad sobre la que venimos informando, rica problemática que va más allá de la posible conculcación de los principios dispositivos y de congruencia. Así, por ejemplo, en ocasiones en que hemos difundido oralmente la novedad de marras, se nos ha observado que parecería más propio formular un reclamo administrativo ante las autoridades de aplicación que reconocerle a los jueces una suerte de poder cautelar preventivo de bienes y personas. Les hemos preguntado a quienes nos formulan tal observación si no saben de la inveterada morosidad y «falta de reflejos» de las autoridades administrativas para aventar situaciones de peligro como las que dieron pábulo a algunos de los fallos reseñados *supra*. Y tal reflexión se la volvemos a hacer al lector. ¿Debe, acaso, compelerse a un juez consciente de que pueden evitar nuevas pérdidas humanas a cerrar los ojos ante tal posibilidad; limitándolo, a lo sumo, a cursar una nota protocolar (que casi siempre se perderá en algún laberinto burocrático) a alguna autoridad administrativa generalmente poco afecta a recibir sugerencias de quienes no sean sus propios superiores?

Ahora bien: dado que la emisión de un «mandato preventivo» no guarda más que una relación de ocasión o «excusa» con el proceso dentro del cual se imparte, congruo es que se conciba a las actuaciones posteriores relacionadas con aquél como un «nuevo» trámite independiente del juicio original y como tal (independiente que es) susceptible de

generar todas las actividades de control y recursivas que pudiera estar en condiciones de ejercitar, v.gr., el destinatario de la orden respectiva<sup>44</sup>. Conviene aclarar el punto porque el «mandato preventivo» no es una medida para mejor proveer (insusceptible, como se sabe<sup>45</sup>), de ser objeto de una actividad recursiva), dado que no se trata de una diligencia de prueba y no guarda -insistimos en ello- ninguna relación sustancial con el proceso dentro del cual se emite. Y no se crea que resulta difícil caer en el error de calificar como «medida para mejor proveer» al «mandato preventivo». Más todavía; en el marco del VI Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, aprovechamos el pie que nos brindaron unas certeras reflexiones de Isidoro Eisner para destacar las diferencias entre una y otra institución, precisamente por considerarlas fácilmente miscibles por su común característica de ser diligencias dictadas de modo oficioso. De paso conviene traer a cuento que en el mismo certamen científico al que nos referíamos más arriba, se describió al «mandato preventivo» de la siguiente forma: «A título de diligencia oficiosa se acepta como posible -en casos excepcionales- que el juez -superando los principios de legitimación y congruencia- decreta medidas -denominadas provisoriamente mandatos preventivos- tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva»<sup>46</sup>.

Finalmente, queremos esclarecer que el «mandato preventivo» es una orden judicial de características y consecuencias análogas a la mayoría. A saber: si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios

---

<sup>44</sup>Ricardo LORENZETTI, vide, ob. cit., pág. 1225, no se muestra muy partidario del mandato preventivo, poniendo el acento en que al destinatario no se le habría dado oportunidad para su defensa, lo que juzgamos, respetuosamente, que no es exacto. ZAVALA DE GONZÁLEZ, en cambio, se pronuncia (vide, ob. cit., pág. 444) en sentido favorable respecto de dicha figura.

<sup>45</sup>Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 90 y ss..

<sup>46</sup>Tal la conclusión de la Comisión II «Medidas para mejor proveer», correspondiente al VI Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, que se realizó durante el 20, 21 y 22 de noviembre de 1991 en la ciudad de San Lorenzo.

compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de medidas conminatorias <sup>47</sup>.

Ahora bien: vamos a lo que más nos interesa.

Tradicionalmente <sup>48</sup> ha sido la acción mere declarativa la que ha concitado la casi exclusiva atención de la doctrina y la jurisprudencia en materia de tutela preventiva materializada mediante el ejercicio de una pretensión. Con su advenimiento se alcanzó a entender que la pretensión resistida se da, igualmente, cuando, sin transgredir la norma, acreedor y deudor no están conformes con el alcance de sus respectivos títulos; que ni siquiera es menester la hostilidad abierta, porque también se admite que ambos, de común acuerdo, ocurran a los tribunales sosteniendo cada uno su punto de vista y pidiendo la resolución de la duda. Claro está que no debe perderse de vista que la pretensión meramente declarativa cubre un campo muy limitado. Recuérdese que solamente opera en el marco de un vínculo jurídico preexistente, al cual interpreta en sus alcances y modalidades <sup>49</sup>. Además, presenta la singularidad de carecer de ejecución «en sentido propio» <sup>50</sup>, por lo cual jamás podrá concluir en el dictado de

---

<sup>47</sup> Jorge W. PEYRANO, «Memorandum sobre la medida conminatoria», J.A., boletín del 19/4/89. No se crea que se agota con las hasta aquí referidas, la nómina de expresiones de una justicia preventiva. Así, también podrían inscribirse en ella las gestiones encaminadas a lograr un acuerdo preventivo extrajudicial en el caso de deudores que tuviesen «dificultades económicas o financieras de carácter general» (art. 69 L.C.) y no se encontraren en cesación de pagos (sobre el punto, ha escrito mucho y bien Pablo HEREDIA en su *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, t. 2, pág. 536 y ss.). Cabe acotar que próximamente la Cátedra de Derecho Concursal, a cargo del Dr. Edgar J. Baracat, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, dependiente de la P.U.C.A., tiene previsto llevar a cabo tareas de investigación sobre la jurisdicción preventiva en materia concursal, ejercitada en vista a atender los estados de preinsolvencia.

<sup>48</sup> Jorge W. PEYRANO, «La acción mere declarativa como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica», en *Cuestiones de derecho procesal*, Buenos Aires, La Ley, 1980, pág. 49 y ss..

<sup>49</sup> Guillermo ENDERLE, *La pretensión meramente declarativa*, Platense, La Plata, 1992, *passim*.

<sup>50</sup> En la mere declarativa, el interés del demandante debe consistir en la simple declaración respecto de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando éste no haya sido violado o desconocido. Resalta, entonces, nítida la necesidad de la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes. Subrayamos que la incertidumbre jurídica en cuestión, debe versar respecto de una relación jurídica, de sus modalidades o de su interpretación.

una condena de dar, de hacer o de no hacer. Por añadidura, debe anotarse que la falta de certeza debe ser jurídica, o sea, relativa a derechos y deberes, por lo tanto, se ha sentado que no procede cuando la incertidumbre recae sobre cuestiones de hecho o fácticas<sup>51</sup>. Hemos tenido oportunidad de señalar que *«No puede ser motivo de una acción o sentencia mere declarativa la verificación de la existencia de un hecho, aunque el mismo sea jurídicamente relevante»*<sup>52</sup>. Rosas Lichtschein transcribe la conducente e ilustrativa opinión de Kisch sobre el particular: *«Objeto de la sentencia de declaración no puede ser un simple hecho, aunque jurídicamente sea importante. No se puede declarar que fue celebrado un contrato, sino que él es responsable de los daños; no que una mercadería sea defectuosa, sino que se tiene derecho a su restitución; no que Cayo haya sido admitido en una sociedad, sino que él es miembro de una sociedad; no que haya cohabitación entre Mesia y Sempronio, sino que Sempronio es padre natural. Una acción dirigida a la declaración de uno de estos hechos jurídicos debe interpretarse posiblemente como dirigida en realidad a la declaración de la relación»*<sup>53</sup>.

En todos los casos, entonces, la acción meramente declarativa presupone, lo recalcamos, la preexistencia de un vínculo jurídico que reclama esclarecimiento<sup>54</sup>, siendo de notar que en ningún supuesto el «hecho puro» puede ser objeto válido de aquella<sup>55</sup>. Si bien se mira, en la mayoría de las hipótesis la acción meramente declarativa consiste, en los hechos,

---

Con lo expresado, no pueden abrigarse dudas acerca de que la falta de certeza debe ser jurídica, o sea, relativa a los derechos y deberes, por lo tanto, se ha sentado que no procede cuando la incertidumbre recae sobre cuestiones de hecho o fácticas.

<sup>51</sup> Dicha «ejecución impropia» -usando terminología germana- no pasa de alguna transcripción registral, pero jamás consiste en una condena de dar, hacer o no hacer.

<sup>52</sup> Jorge W. PEYRANO, ob. cit., «La acción mere declarativa...», pág. 58.

<sup>53</sup> ROSAS LICHTSCHEIN, ob. cit., pág. 252.

<sup>54</sup> Guillermo ENDERLE, ob. cit., pág. 91: *«El objeto (de una mere declarativa) no puede ser un simple hecho, aun cuando sea jurídicamente relevante. No se puede declarar cierto que fue concluido un contrato, sino que existe un contrato válido. Cabe igual conclusión en el supuesto de postularse la falsedad de un documento, donde lo que se pretende más bien es enervar el vínculo jurídico que del mismo emanaría»*.

<sup>55</sup> Ídem, pág. 92.

en una suerte de «consulta» al órgano jurisdiccional, en miras a que éste despeje una incertidumbre jurídica dañosa, para así ahorrarle a las partes la realización de conductas indebidas motivadas en la perplejidad en que se encuentran sumidas.

A lo precedente -que sería el campo de la ortodoxia- se puede agregar la hipótesis de la incertidumbre relacionada con un «status» o emplazamiento jurídico. Recientemente se ha declarado viable una acción meramente declarativa promovida por un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina tendiente a disipar su incertidumbre acerca de si su nombramiento estaba alcanzado por una nueva cláusula constitucional inexistente por la época en que asumiera su cargo <sup>56</sup>, y que de resultar operativa al respecto le hubiera quitado estabilidad funcional.

Cabe señalar que el caso recordado mereció algunas crítica severas <sup>57</sup> aunque reconoce precedentes provenientes de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación <sup>58</sup>.

Por fin y como otra expresión de la jurisdicción preventiva tenemos a las acciones preventivas sobre las cuales ya tomamos posición con anterioridad, describiéndolas así: *«Las acciones preventivas no tienden -como sí lo hacen las meramente declarativas- a establecer la existencia y alcances de las modalidades de un vínculo jurídico pre-existente, mediante la sustanciación de un proceso que culmina con una resolución carente de ejecución en sentido propio. Son, en cambio, acciones de condena que operan en hipótesis donde no concurren vinculaciones jurídicas anteriores y que sólo funcionan respecto de relaciones, por así llamarlas, «fácticas» (cercanía, vecindad, etcétera) de las que, objetivamente, deriva la posibilidad de que se afecte el patrimonio moral o material de quienes las ejerci-*

---

<sup>56</sup> Antonio María HERNÁNDEZ (h), «El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales», *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, pág. 11 y ss..

<sup>57</sup> Ídem, págs. 86/91.

<sup>58</sup> Se trata del caso «Iribarren c/ Prov. de Santa Fe - Acción declarativa», comentado en el libro citado en la nota anterior, en pág. 23.

tan»<sup>59</sup>. Eso sí: volveremos más adelante sobre dicha descripción, rectificándola en alguna medida.

Comenzando con la denominación, preferimos llamarlas «preventivas» y no «inhibitorias» -como propugna prestigiosa doctrina civilista<sup>60</sup>- porque pensamos que esta última expresión puede producir equívocos al poder hacer pensar que la función judicial preventiva postulada por vía de acción sólo puede proteger a quienes pretenden hacer cesar conductas que los pueden llegar a perjudicar. Es que, como se verá *infra*, las finalidades de las acciones preventivas son mucho más amplias.

¿Y en qué ha variado nuestra concepción acerca de los alcances y consiguiente descripción de las acciones preventivas? Pues en que nuestra definición primigenia se inclinaba por negar toda posibilidad de que una acción preventiva pudiera operar en el marco de una relación jurídica preexistente, y ello resulta equivocado. Es que los usuarios y los consumidores están en condiciones de plantear acciones preventivas frente a amenazas de futuros daños, contra proveedores con los cuales se encuentran relacionados por vínculos jurídicos existentes. Baracat, es ilustrativo sobre el particular: *«La ley 24.240 no sólo brinda al consumidor tutela contra la violación del precepto jurídico, sino también tutela por la simple «amenaza de lesión» de sus derechos subjetivos sustantivos. Esa tutela preventiva deviene impuesta, no sólo para evitar el daño futuro que podría sufrir el propio consumidor, sino también el daño que eventualmente podría alcanzar a otros usuarios y sujetos difusos. Saliendo del molde clásico, según el cual la jurisdicción interviene con carácter sancionatorio y una vez violado el derecho, la ley de derechos del consumidor establece una suerte de jurisdicción preventiva, tendiente a eludir la transgresión del orden jurídico, a condición de que el derecho se halle amenazado. ¿Cuándo podría estar amenazado el derecho de un consumidor? Por ejemplo, cuando la empresa que presta servicios de limpieza utiliza sustancias peligrosas para la salud de las personas. Por ejemplo, cuando una empresa que provee electricidad, lo hace suminis-*

---

<sup>59</sup> Jorge W. PEYRANO, «La acción preventiva: modalidad a tener presente...», pág. 49.

<sup>60</sup> Así, los autores citados en los trabajos mencionados en las notas 14 y 15.

*trando baja tensión que pone en peligro la seguridad de los artefactos utilizados por el consumidor (heladeras, televisores, etcétera). O cuando la empresa que suministra agua potable, lo hace en combinación con productos químicos en condiciones inapropiadas para la salud del consumidor, etcétera»* <sup>61</sup>.

Hoy, pues, nos inclinamos por decir que acción preventiva es aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción.

## II. La tutela judicial efectiva

La locución, preñada de significados, «tutela judicial efectiva», no nació con la promulgación del siempre citado art. 24 de la Constitución española de 1978 ni con la sanción del art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino con la redacción del art. 24 de la Constitución de Italia de 1947 y con la confección de los arts. 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 <sup>62</sup>.

Hablar de la tutela judicial efectiva es lo mismo que aludir a la eficiencia del sistema de justicia. En otra oportunidad, hemos consignado que con relación al proceso civil se puede verificar la concurrencia de varias excelencias, con contenidos distintos, que no se limitan a la eficiencia judicial. Recordemos: «El ‘reconocimiento de derechos’ se da cuando -en la medida de lo posible y con el debido respeto de los límites

---

<sup>61</sup> Edgar BARACAT, «Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos», en *Tutela procesal del consumidor y del usuario*, Santa Fe, Panamericana, 2000, pág. 21.

<sup>62</sup> Rafael ORTIZ-ORTIZ, *Tutela constitucional, preventiva y anticipativa*, Caracas, Fronesis, 2001, pág. 143.



técnicos del proceso civil- se logra que los derechos prometidos por las leyes de fondo se hagan realidad a través y con motivo de un debate judicial<sup>63</sup>. En pocas palabras: que se conceda razón a quien la tiene. La «eficacia del proceso» se verifica cuando los mecanismos procesales existentes de origen legal, funcionan en la práctica aproximadamente igual a la manera como fueron concebidos. Vale decir que no debe haber una brecha demasiado amplia entre lo que dice la ley procesal (v.gr. que la sentencia se debe dictar transcurrido cierto lapso) y su realización en lo cotidiano<sup>64</sup>. La «eficiencia procesal es algo distinto y más amplio. Para una cabal comprensión de dicho paradigma, es preciso tener en cuenta la significación asignada a la palabra «efectivo» por el *Diccionario de la Real Academia Española*. Este le reconoce valor opuesto a lo que es «químérico» o «dudoso». Ahora bien: ¿cuándo estaremos ante un proceso «elogiable». Pues cuando no sólo se le otorga la razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) y más o menos dentro del lapso programado por el legislador (proceso eficaz), sino cuando por añadidura el pronunciamiento de mérito viene a satisfacer realmente el requerimiento del justiciable consistente en que se le restituyan o compensen sus derechos violados o «desconocidos» (la sentencia no es «límpica» porque se traduce en una efectiva ejecución); o, llegado el caso, le brinden tutelas diferenciadas (tutela anticipada, por ejemplo) que de no concederse, provocarían la infructuosidad, en términos reales, del proceso respectivo<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Jorge W. PEYRANO, «La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil», en *Jurisprudencia Santafesina* N° 24, pág. 135.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 140.

<sup>65</sup> Jorge W. PEYRANO, «La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa», en *Revista de Derecho Procesal* N° 5, pág. 311: «¿Basta con lo eficaz (que no haya brechas entre lo que dice la ley y sucede en el proceso); basta con el efectivo reconocimiento de derechos (que el juez le de la razón a quien la tiene?). Parece que no. ¿Será ello bastante para afianzar la justicia como impera el mandato constitucional? Si la sentencia en cuestión reconoce el derecho del actor, pero éste comprueba que se trata de una declaración lírica porque no tiene cómo cobrar, ¿se habrá cumplido con el referido mandato constitucional? Si se llega a la victoria tan tardíamente que no puede el ganancioso disfrutarla pese a que su derecho era incontrastable y que hubiera alegado y demostrado que la tardanza en ver satisfecha, total o parcialmente, su pretensión, transformaría en infructuosa la sentencia tardía que se pudiera dictar en su favor, ¿se

Centremos ahora nuestra atención sobre cuándo se puede admitir que se está ante un proceso eficiente por asegurar, claro está, una tutela judicial efectiva. Pues, en principio, cuando se presta un servicio de justicia en tiempo y forma adecuados a la situación de que se trate. Será, entonces, sinónimo de «proceso adecuado» a las circunstancias del caso. Pero, además, deberá ser un «proceso útil», en el sentido de que no se reflejará únicamente en una hoja de papel a modo de declaración académica sin resonancias prácticas en la vida y patrimonio de los justiciables.

La sumatoria de lo «adecuado» y de lo «útil», configura un proceso eficiente. Veamos algunos ejemplos de «inadecuación» y de «inutilidad». Primero: una persona es víctima de un ilícito civil y pese a la palmaria responsabilidad del victimario, el juicio que le promueve aquél durará, al menos, un par de años. Sucede que la víctima desarrolla un grave mal que exige atención médica permanente e ingentes gastos de farmacia. Si no se le permitiera obtener -cumplidas ciertas condiciones- la tutela anticipada mediante la cual se le entregue, por lo menos, algo de lo que reclama, estaríamos ante un verdadero proceso «inadecuado» en relación con las circunstancias del caso planteadas<sup>66</sup>. Segundo: el justiciable del ejemplo -que es una persona del común y que no soporta situación afligente particular alguna- goza para hacer valer sus derechos de un modelo procesal que le proporciona magistrados «activos» que dictan sentencias prestas, y habilitados para prestar plurales tutelas diferenciadas. Pero con ello no es bastante para diseñar un sistema elogiabile porque falta algo para que pueda ser considerado eficiente. Es que para ser tenido por tal, el modelo deber ser «útil» o «fructuoso», vale decir idóneo para encarnar la sentencia en la realidad, ¡en fin! para ejecutarla<sup>67</sup>. Pero estas reflexiones pretéritas deben ser complementadas. Es que el proceso civil para ser eficiente, debe también ser apto para conjurar situacio-

---

*habría observado el recordado precepto constitucional? La respuesta negativa se impone. Es que aparte de eficaz, el proceso civil debe ser efectivo y para que ello ocurra se requiere mucho más que el respeto escrupuloso y aséptico de ciertos ritos, términos y trámites».*

<sup>66</sup> Jorge W. PEYRANO, «Eficiencia del sistema de justicia», en *El Derecho*, boletín del 9/4/03, pág. 2.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, pág. 2.

nes amenazantes que pueden derivar en un quebrantamiento del orden normativo. Acierta Vargas, cuando dice: «*tenemos que ante la jurisdicción se pueden presentar sujetos de derecho que soliciten (bajo el amparo de un derecho constitucionalmente consagrado) que el oficio les dispense una tutela judicial procesal efectiva para remediar, componer o, incluso, **prevenir** una situación jurídica subjetiva amenazada o violada*»<sup>68</sup>. En el mismo sentido, Nicolau apunta: «*en ese nuevo marco de protección a la víctima, en las últimas décadas se ha llegado a comprender que sólo se alcanzará la efectividad del derecho cuando éste brinde instrumentos más aptos para la prevención que para la reparación del daño*»<sup>69</sup>. Vale decir que la «tutela judicial efectiva» exige no sólo un juez activo<sup>70</sup> dotado de tutelas diferenciadas (urgentes y especiales) que le posibiliten prestar un servicio de justicia adecuado a las circunstancias, sino también un juez «profiláctico» más preocupado por prevenir entuertos que por «desfacernos».

### **III. Herramientas procesales mediante las cuales se puede hacer valer una tutela preventiva**

Obviamente, la acción preventiva es una de las herramientas más adecuadas. Pero aquí nos interesa destacar que existen otras herramientas utilizables a iguales fines. Veamos.

Según algunos<sup>71</sup>, la acción preventiva puede ir adunada a una medida cautelar innovativa o una prohibición de innovar que asuman el rol de una tutela preventiva<sup>72</sup>. Adviértase que en la mayoría de los casos imaginables, dicha «tutela cautelar» será una tutela coincidente (porque

---

<sup>68</sup> Abraham VARGAS, *Estudios de derecho procesal*, Mendoza, Ediciones Cuyo, 1999, t. 1, pág. 93.

<sup>69</sup> Noemí NICOLAU, ob. cit., pág. 1245.

<sup>70</sup> La locución «activismo» de los jueces comenzó a utilizarse en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., circa 1992.

<sup>71</sup> Ricardo LORENZETTI, ob. cit., pág. 1223.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

coinciden la materia cautelar y la del futuro pronunciamiento de mérito) que además será una tutela preventiva (porque trata de alejar un riesgo). Piénsese en el caso «Camacho Acosta»<sup>73</sup> donde se consiguió, merced al despacho de una cautelar innovativa (medida cautelar), el pago a cuenta de parte de lo reclamado en el juicio principal (tutela coincidente, es decir, tutela anticipada) en vista a evitar una situación amenazante (tutela preventiva) consistente en la pérdida de la posibilidad, a corto plazo, de instalar en un muñón una prótesis bioeléctrica (*periculum in damni*). En el curso de otro trabajo<sup>74</sup> destacamos que en el seno de una acción preventiva y estando reunidas las condiciones para el ejercicio de una tutela anticipada o coincidente<sup>75</sup>, puede anticiparse la satisfacción del actor ante la inminencia del *periculum in damni* que se cierne sobre aquél. Marinoni acepta expresamente la posibilidad de brindar «tuteladas anticipadas» durante el devenir de la tramitación de acciones preventivas<sup>76</sup>, siempre y cuando, claro está, que concurran la urgencia y el *periculum in damni* exigibles en general<sup>77</sup>.

Desde ya que también la medidas autosatisfactivas<sup>78</sup> -esas soluciones urgentes no cautelares<sup>79</sup>- pueden servir de carril procesal a una

---

<sup>73</sup> Vide J.A. 1998, t. I, pág. 465. También puede consultarse el comentario de «Camacho Acosta», llevado a cabo por Roland ARAZI en el N° 1 de Derecho Procesal.

<sup>74</sup> Jorge W. PEYRANO, «Informes sobre las acciones preventivas», en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 1, pág. 224.

<sup>75</sup> Vide trabajo citado en nota 65.

<sup>76</sup> Luiz MARINONI, «Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito», E.D., t. 186, págs. 1127 y 1130.

<sup>77</sup> Juan MONROY GÁLVEZ y Juan José MONROY PALACIOS, «Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada». Apuntes iniciales en Revista Peruana de Derecho Procesal, t. IV, pág. 168.

<sup>78</sup> Conf. *Medidas autosatisfactivas*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

<sup>79</sup> Corresponde recordar que el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal declaró que: «Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.

tutela preventiva si es que se dan las exigencias propias de dicha figura. En el campo de la protección del derecho a la vida y a la salud, ha encontrado asidua aplicación la medida autosatisfactiva como formato procesal idóneo para otorgar tutelas preventivas. En tal sentido, resulta paradigmático el caso «Luca» resuelto por el Dr. Pedro Hooft a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata<sup>80</sup>. En dicho pronunciamiento, el tribunal recondujo un amparo planteado contra PAMI (en vista a obtener que se proveyera al accionante de un marcapasos cuya ausencia la ponía en riesgo de vida) e invocando el principio *iura novit curia*<sup>81</sup> lo mutó en una autosatisfactiva (obviamente para simplificar trámites, por ser impostergable la solución urgente que correspondía emitir) que, en definitiva, despachó favorablemente. Zavala de González también se muestra partidaria de que frente a urgentes e impostergables, se pueda prestar una tutela preventiva mediante el dictado de autosatisfactivas<sup>82</sup>.

Por supuesto que igualmente el amparo puede ser una vía idónea para hacer valer una tutela preventiva<sup>83</sup>. Empero, sucede que las distintas leyes de amparo dictadas en los planos nacional y provincial, lo han tornado, a veces, inidóneo (como muestra, basta el citado caso «Luca») en miras a proporcionar una tutela preventiva eficiente. Sin embargo, recientemente la Corte federal en «Asociación Benghalensis»<sup>84</sup> ha condenado, vía amparo, al Estado nacional «a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos de ese mal registrados en

---

Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial».

<sup>80</sup> Conf. la resolución citada y su comentario, por Mabel de los Santos, que lleva por título «El amparo y la medida autosatisfactiva como vías procesales para la prevención del daño», en Revista de Derecho Procesal, Derecho Procesal de Familia II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 367 y ss..

<sup>81</sup> Conf. trabajo citado en nota 24.

<sup>82</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 440.

<sup>83</sup> Ibídem, pág. 442.

<sup>84</sup> L.L. 2001-B, pág. 126.

los hospitales públicos y efectores sanitarios del país»<sup>85</sup>. En la especie se hizo funcionar la denominada «inconstitucionalidad por omisión», concretada en el caso a raíz de la falta de atención por parte del Estado nacional de obligaciones que había contraído en virtud de tratados internacionales que forman parte del entramado constitucional.

Igualmente, el *habeas data* -esa especie de amparo- puede tener virtualidad suficiente como para servir de vehículo procesal de una tutela preventiva protectora del honor o de la intimidad de un justiciable, haciendo cesar, por ejemplo, la ofensa que representa la difusión de ciertos datos personales aptos para afectar la privacidad del accionante<sup>86</sup>.

#### IV. La acción preventiva

##### *1. La acción preventiva como manifestación de la jurisdicción preventiva. Antecedentes. Fundamentos*

###### *A. Introducción*

Bien se ha dicho que *«un hecho que pone en peligro el goce del bien constituye sin dudas una perturbación que, en rigor, significa, por sí misma, un empeoramiento del interés. La diferencia puede hallarse en la diversa reacción jurídica en uno y otro caso. De manera tal que recogemos una noción de daño amplia, que comprende no sólo un evento ya modificado sino también una situación reversible por medio de un comportamiento ajeno»*<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> María Sofía Sagüés, «La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud», en LexisNexis Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Procesal Constitucional del 19/9/01, pág. 59. Sobre el interesante tema de la inconstitucionalidad por omisión en general, puede consultarse con provecho la obra colectiva, coordinada por Víctor BAZÁN, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.

<sup>86</sup> Guillermo PEYRANO, «Régimen legal de los datos personales y habeas data», Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, *passim*.

<sup>87</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 418

Tal amenaza puede provenir de particulares o del Estado<sup>88</sup>. Cuando proviniera de éste, Brasil cuenta con el mandato de seguridad<sup>89</sup>. Chile, por ejemplo, cualquiera fuera el origen de la amenaza, posee como herramienta procesal al recurso de protección que tiene raíces constitucionales<sup>90</sup>.

En certámenes científicos realizados en nuestro medio, se ha declarado que «debe reconocerse la procedencia de una acción preventiva de toda manifestación que al producir daños, por ejemplo, al medio ambiente o a la ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos»<sup>91</sup>.

En Argentina, carecemos de cualquier atisbo de teoría general de la acción preventiva; y también adolecemos, en el plano legislativo, de la inexistencia de una norma genérica (constitucional o legal) regulatoria de aquélla, puesto que nuestros legisladores sólo han aportado soluciones específicas para casos particulares. La doctrina autoral se ha ocupado de enumerarlos más o menos exhaustivamente<sup>92</sup>. Cuán ventajosa resulta ser la situación de Brasil que disfruta de una norma constitucional que proporciona suficiente respaldo para consagrar *in genere* una tutela judicial preventiva<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Noemí NICOLAU, ob. cit., pág. 1253.

<sup>89</sup> Conf. el trabajo de Víctor BAZÁN, «Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina», en la obra colectiva citada en nota 85. Asimismo, importa tomar nota de las consideraciones efectuadas sobre el punto por Armando RIVAS, en *El amparo*, 3ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 2003, pág. 128.

<sup>90</sup> Augusto MORELLO, «Tutela procesal del derecho a la intimidad personal», J.A 1985-II pág. 770. Conf. trabajo de nuestra autoría citado en nota 11, pág. 15.

<sup>91</sup> Fue una recomendación del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal.

<sup>92</sup> Ejemplos de tutela preventiva o inhibitoria que acostumbra aportar la doctrina autoral: arts. 1071 bis, 2499, 2618, 2795, 2800 a 2804, 3157 y 3158 C.C., que protegen derechos del acreedor hipotecario; art. 15 de la ley de propiedad horizontal, art. 79 de la ley de propiedad intelectual; art. 321 C.P.C.C.N.; art. 26 de la ley 22.262 (defensa de la competencia).

<sup>93</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1132: «Afirma el art. 5 XXXV de la Constitución brasileña que ninguna ley excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza al derecho». Tal norma, según la doctrina, garantiza a todos una tutela jurisdiccional adecuada y efectiva; por tal razón es correcto decir que esta norma constitucional también garantiza la tutela inhibitoria.

*B. ¿Cómo justificar la existencia y operatividad de acciones preventivas, en defecto de textos legales que las consagren?*

Ya hemos visto que existen supuestos específicos en los cuales el legislador ha establecido -a veces equivocadamente, otras desmañadamente- hipótesis de acciones preventivas. Pero, obviamente, el problema se plantea cuando la vida -que supera cualquier imaginación del legislador- proporciona casos no previstos expresamente. Lorenzetti, apunta que «*en muchos países se ha discutido sobre la posibilidad de extender este tipo de protección (se refiere a la tutela preventiva) a casos no regulados expresamente, mediante la consagración de una tutela atípica con base en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico*»<sup>94</sup>.

Estamos convencidos -al igual que los autores que citamos en el copete- de que la mencionada omisión de incluir (al modo brasileño) en nuestro ordenamiento jurídico normas «facilitadoras», no es un obstáculo insalvable para sostener que las acciones preventivas tienen cabida aun en supuestos diferentes a los que se digna regular el legislador.

A continuación, reseñaremos algunos de los muchos caminos que se pueden recorrer en vista a fundamentar la existencia y operatividad de acciones preventivas no entronizadas legalmente en nuestro medio. Veamos.

*Del mandato constitucional*

Nadie duda hoy del valor normativo «corriente» que corresponde asignarle a las normas constitucionales<sup>95</sup>. Debe traerse a cuento que «la idea de la fuerza normativa de la Constitución» fue introducida por Konrad Hesse y se refiere a «*la aptitud de la Constitución para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores*»<sup>96</sup>. Concordantemente, Bidart Campos enseña que «*las normas de la Constitución no son retóricas*

---

<sup>94</sup> Ricardo LORENZETTI, ob. cit., pág. 1219.

<sup>95</sup> Jorge W. PEYRANO, «El perfil deseable...», pág. 4.

<sup>96</sup> María Sofía SAGÜÉS, ob. cit., pág. 55.



*ni declaración fraseológica, sino derecho de la Constitución con fuerza normativa»*<sup>97</sup>.

Parte de la doctrina civilista<sup>98</sup> encuentra en el nuevo texto del art. 43 C.N.<sup>99</sup> fundamento constitucional para considerar que la tutela preventiva o inhibitoria en general es invocable en juicio en supuestos distintos a los legalmente previstos.

Cabe memorar que el citado art. 43 C.N. estableció la aptitud del amparo aun para defender los derechos reconocidos por ley.

La arriba recordada opinión civilista, presenta el inconveniente de que, en apariencia, sus mentores consideran que únicamente el amparo es la vía procedimental idónea para encauzar una tutela preventiva. En realidad, una lectura atenta del art. 43 C.N. permite sostener que no existen razones para considerar que la Constitución haya elegido, exclusivamente, al amparo como vía procedimental para dar cauce a la tutela preventiva. Adviértase que el texto constitucional alude a que se puede promover acción expedita de amparo y no a que «debe» promoverse acción expedita de amparo cuando se encuentren amenazados derechos y garantías protegidos constitucionalmente. Además, dicho planteo es merecedor de otra observación: la legislación del amparo cuenta con múltiples cortapisas (v.gr. funcionamiento de plazos de caducidad) que

---

<sup>97</sup> Germán BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, *passim*. Sobre el particular resulta enriquecedora la lectura de *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, Civitas.

<sup>98</sup> Así, Noemí NICOLAU; según se colige de su trabajo citado anteriormente.

<sup>99</sup> Art. 43 C.N.: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

torna poco recomendable concebir al amparo como el único camino procedimental posible para hacer valer una tutela preventiva.

Tanto la doctrina <sup>100</sup> como la jurisprudencia <sup>101</sup> coinciden en señalar que el tenor del art. 43 C.N. debe ser interpretado en el sentido de que el constituyente de 1994 legitimó la creación pretoriana de procesos aptos -más allá del amparo- para conceder tutelas judiciales efectivas; tutela que, ya sabemos, también comprende a la conjura de amenazas de futuras lesiones al patrimonio u honra de los justiciables.

Desde otra perspectiva de fundamentación constitucional, se sostiene que la procedencia de una acción preventiva no regulada expresamente encontraría apoyo en el dogma constitucional conforme al cual «lo que no está prohibido, está permitido». Así, el distinguido procesalista peruano Monroy Gálvez informa que *«es necesario precisar que en países como Italia, en donde el proceso tiene un extraordinario grado de desarrollo, sin perjuicio de la falta de norma expresa, se ha venido reconociendo la vigencia de la tutela inhibitoria, tomando como fundamento el tope constitucional según el cual lo que no está prohibido está permitido»* <sup>102</sup>. Igual solución postula para Perú <sup>103</sup>.

Siempre desde el lugar de la Constitución Nacional, debe traerse a colación que varios de los tratados internacionales que hoy forman parte del tejido constitucional <sup>104</sup>, consagran la tutela judicial efectiva; tutela judicial que comprende -insistimos en ello- la tutela preventiva.

---

<sup>100</sup> FRANCISCO CECCHINI, «La Constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales», en *Medidas autosatisfactivas*, pág. 197 y ss..

<sup>101</sup> Recientemente (*vide* J.A. 2001-II, pág. 565), la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata declaró la existencia de una suerte de mandato constitucional tácito que impondría que debe otorgarse a los justiciables una pronta y expedita respuesta jurisdiccional; mandato que convalidaría, constitucionalmente, la medida autosatisfactiva.

<sup>102</sup> JUAN MONROY GÁLVEZ y JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS, *ob. cit.*, pág. 166. Próxima al referido ideario, se encuentra CRISTINA RAPISARDA (conf. «Premesse allo studio della tutela civile preventiva», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. IV, pág. 231 y ss.).

<sup>103</sup> *Ibidem*, pág. 167

<sup>104</sup> ABRAHAM VARGAS, *ob. cit.*, pág. 89.

Para concluir, con el enfoque constitucional del asunto, hay que memorar que allí donde las particularidades del caso ponían en grave trance de ser vulnerados derechos constitucionales fundamentales, siempre se admitió la validez de que, pretorianamente, se crearan acciones y procedimientos *extra legem* en miras a procurar el imperio efectivo de los mandatos constitucionales. Así ocurrió cuando la Corte federal creó el amparo -en defensa del derecho de propiedad- en los casos «Siri» y «Kot»<sup>105</sup>; y también sucedió cuando nuestro tribunal cimero, en defecto de todo texto legal, expreso reconoció la existencia de la acción autónoma de nulidad de sentencia firme, en vista de que la garantía del debido proceso no fuera conculcada, en esencia<sup>106</sup>.

La doctrina autoral comulga, ampliamente, con el susodicho criterio judicial de generar, llegado el caso, acciones y procedimientos tutelares de garantías constitucionales. Así, Hitters dice que «*la falta de procedimiento ritual específico, no es óbice para que el órgano jurisdiccional disponga la revisión de sentencias firmes, en los casos en que éstas no son el corolario de un debido proceso*»<sup>107</sup>.

Ante situaciones extremas, la realidad jurisprudencial argentina es pródiga en ejemplos de invenciones pretorianas de acciones y procedimientos anejos; siempre con invocación de fundamentos constitucionales. Ello ocurrió, v.gr., en épocas de hiperinflación con el diseño de la pretensión indexatoria<sup>108</sup>; en tiempos de deflación con la pretensión

---

<sup>105</sup> Néstor SAGÜÉS, «Un caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa», en el suplemento citado en nota 85, pág. 71: «*En primer lugar la obediencia de los artículos constitucionales no es incompatible con ciertas tareas creativas de la jurisprudencia, como resolver las ambigüedades normativas y crear dispositivos constitucionales faltantes (así lo hizo la Corte Suprema de Justicia argentina al inventar en los casos «Siri y Cot» a la acción de amparo, que infirió, finalmente del art. 33 C.N., reputándolo derecho o garantía no enumerado)*».

<sup>106</sup> E.D. t. 36, pág. 290.

<sup>107</sup> Juan Carlos HITTERS, *Revisión de la cosa juzgada*, 2ª ed., Platense, La Plata, 2001, pág. 328.

<sup>108</sup> Jorge W. PEYRANO, «La pretensión indexatoria: especie del género de las pretensiones determinativas», en *Cuestiones de derecho procesal*, Buenos Aires, La Ley, 1980, pág. 157 y ss..

desindexatoria<sup>109</sup> y en la etapa de *default* que vivimos con la pretensión distributiva del esfuerzo compartido<sup>110</sup>.

*De la interpretación amplia o extensiva de instituciones reguladas legalmente*

Asimismo se ha hallado sustento para defender la operatividad de acciones preventivas no contempladas por el legislador, sobre la base de interpretaciones extensivas de figuras que han sido objeto de la atención legislativa.

Se observan dos corrientes en la materia. Una, que piensa que de una interpretación sistemática del orden jurídico se puede inferir como principio general el «no dañar»<sup>111</sup>; principio lo suficientemente amplio como para dar cabida a algunas derivaciones de aquél («evitar el daño evitable» y no sólo resarcir el daño causado). Dicho temperamento interpretativo no sería extraño a la doctrina tradicional<sup>112</sup>. Tampoco a la contemporánea<sup>113</sup>. La otra, en cambio, parte de la interpretación analógica extensiva de las soluciones legales específicas. Anotamos en esta posición, entre otras, a las siguientes opiniones:

a) La del preclaro civilista peruano Fernández Sessarego que parece comulgar con la idea de interpretar analógicamente el art. II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, proscriptivo del abuso del derecho<sup>114</sup>. Similar criterio propicia el autor peruano Omar

---

<sup>109</sup> Jorge W. PEYRANO, *El proceso desindexatorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, *passim*.

<sup>110</sup> Marcos PEYRANO, «La pretensión de reajuste equitativo o de distribución del esfuerzo compartido», en *Efectos de la redolarización*, obra colectiva, Buenos Aires, Nova Tesis, 2003, pág. 95 y ss..

<sup>111</sup> Noemí NICOLAU, ob. cit., pág. 1249.

<sup>112</sup> José CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, t. 1, pág. 210: «*Pero no siempre la condena tiene como condición una violación actual; esto ocurre, como se ha dicho, sólo por regla general... Nuestra ley no contiene reglas generales sobre la condena de futuro, pero la doctrina, justamente, las deduce del mismo concepto del interés en obrar y de los principios generales*».

<sup>113</sup> Ricardo LORENZETTI, ob. cit., pág. 1219.

<sup>114</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992, pág. 51.

Cairo <sup>115</sup>, quien suma, a igual efecto, el art. II del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano de 1993.

b) La de Luis Andorno quien entiende que mediante la alegación de «norma procesal análoga», se podría invocar en la Argentina, la viabilidad de la acción inhibitoria italiana <sup>116</sup>;

c) Otros parecen pensar en interpretaciones extensivas más acotadas, por sólo pretender ampliar el campo de acción de las normas legales expresas <sup>117</sup>.

### *De los poderes judiciales implícitos*

Igualmente, los llamados poderes judiciales implícitos pueden proporcionar sostén a la existencia de acciones preventivas no reguladas explícitamente.

La judicatura constituye un Poder del Estado que como tal posee las facultades (expresas e implícitas) necesarias para satisfacer cabalmente la misión que se le ha encomendado; misión, que no es otra que la de propender a la paz social dirimiendo los conflictos (o zanjando las dificultades) que impiden su reinado. No se crea que los jueces cuentan única y exclusivamente con las atribuciones que expresamente les concede el legislador. Si éste ha preterido autorizar explícitamente a los jueces para hacer tal o cual cosa y si ello resulta indispensable para desempeñar cumplidamente su cometido, no sólo pueden sino que deben hacerla. Se ha dicho -desde la visión anglosajona del asunto- que «*ciertas facultades implícitas necesariamente resultan de la propia naturaleza de la institución, como el hacer forzosa la observancia del orden; son facultades que no pueden ser eliminadas de un tribunal, porque son necesarias para el ejercicio natural de sus funciones*» <sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Omar CAIRO y otros, «La tutela judicial preventiva y el art. II del Título Preliminar del Código Civil», *Advocatus*, Revista de Derecho de los Alumnos y Egresados de la Universidad de Lima, año III, 4ª entrega, 1992, pág. 109.

<sup>116</sup> Luis ANDORNO, «El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano», J.A. 1995-II, pág. 985.

<sup>117</sup> Ricardo LORENZETTI, ob. cit., pág. 1220.

<sup>118</sup> Roberto MOLINA PASQUEL, «Naturaleza del *contempt of court*», Revista de la Facultad de Derecho de México, t. 3, pág. 41.

Afirma, Monroy Gálvez que «*si los miembros de otros poderes del Estado tienen atribuciones que no están normadas a través de las cuales pueden desarrollar su actividad, resulta evidente que el juez, ejecutor de las actividades del poder más importante del Estado, tiene facultades -tácitas o implícitas- que le permiten asegurar el cumplimiento de su elevada función*»<sup>119</sup>. Dichas facultades judiciales implícitas pueden y deben ser ejercitadas cuando, por ejemplo, el tenor de la legislación de fondo de algún modo revela que la *mens legis* es propicia a interpretaciones judiciales creativas. Ello ocurre en muchos casos<sup>120</sup> en los cuales las disposiciones, por ejemplo, del Código Civil imponen que debe «cesar» una conducta, pero no contemplan expresamente la instrumentación de la vía procesal correspondiente. Cuando se presenta tal situación, creemos -junto con otros- que el legislador está autorizando a los magistrados para que ejerciten sus facultades judiciales implícitas y así generar las acciones y procedimientos del caso. En verdad, los «conceptos indeterminados» que hoy campean profusamente en los códigos civiles (v.gr., los de «buen padre de familia» o el de «buena fe»), siempre involucran una suerte de autorización para que los magistrados asuman un rol creativo.

## 2. Ambito de actuación de las acciones preventivas

Indudablemente que desde siempre tuvieron importancia las acciones preventivas en el campo de los llamados derechos de la «tercera generación» (que aparecieron después de los políticos y de los sociales), que guardan relación con la «calidad de vida». No puede sorprender, entonces, que, por lo común, las acciones preventivas tiendan a proteger derechos extrapatrimoniales<sup>121</sup> como son los personalísimos (también conocidos como derechos de las personas, inviolables o esenciales) tales como la protección del nombre, de la imagen, de la intimidad<sup>122</sup> y tam-

---

<sup>119</sup> Juan MONROY GÁLVEZ, *Temas de proceso civil*, Lima, Studium, 1987, pág. 81.

<sup>120</sup> Noemí NICOLAU, ob. cit., pág. 1247.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pág. 1250.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pág. 1250.

bién de la honra, del cuerpo y de la salud <sup>123</sup>; y a la disposición del cuerpo y circunstancias de las exequias y a la dación de todo o parte del cuerpo con fines terapéuticos o de investigación <sup>124</sup>. Igualmente, el daño ambiental <sup>125</sup>, el tenor de publicidades ilícitas <sup>126</sup> y la llamada dignidad de la persona humana <sup>127</sup> han sido consideradas áreas aptas para la operatividad de tutelas preventivas.

Es preciso recordar que los derechos personalísimos son verdaderos derechos subjetivos <sup>128</sup> con sustento constitucional <sup>129</sup> y que les incumben sólo a las personas físicas <sup>130</sup>.

Habida cuenta de las características de los derechos personalísimos (innatos, vitalicios, esenciales, relativamente indisponibles, etcétera), ellos no son fácilmente monetizables y, por ende, son rebeldes al cálculo de las compensaciones pecuniarias que corresponden como consecuencia de su violación. De ahí que la doctrina destaque las excelencias de la tutela preventiva en el terreno de los derechos personalísimos <sup>131</sup>.

Dentro del espectro de derechos personalísimos, el derecho a la intimidad ha sido motivo de preferente interés en los últimos tiempos. Señala Cifuentes que la preocupación doctrinal por el asunto comenzó con un trabajo publicado en 1890, en una revista de una universidad estadounidense-

---

<sup>123</sup> Julio RIVERA, «Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos», L.L. 1983-D, pág. 846.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, pág. 857.

<sup>125</sup> Ricardo LORENZETTI, *ob. cit.*, pág. 1222: «*Ante la instalación de una industria que elimina desechos o elementos que pueden ser contaminantes del ambiente, ante el solo peligro de que ello se produzca, cualquiera que se halle expuesto a sufrir el perjuicio puede ejercer la acción.*».

<sup>126</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Publicidad y consumidores», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5, pág. 129.

<sup>127</sup> Guillermo PEYRANO, *ob. cit.*, pág. 22.

<sup>128</sup> Julio RIVERA, *ob. cit.*, pág. 847.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, pág. 848.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, pág. 849.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, pág. 853.

se <sup>132</sup>, y también que en pos de su protección existen en derecho comparado las muy conocidas acciones de inhibición, de remoción y abstención <sup>133</sup>.

El derecho a la intimidad se encuentra tutelado en nuestro medio por el art. 19 C.N., el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el art. 11 incs. 2 y 3 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por el art. 1071 bis C.C. <sup>134</sup> y también por la ley 25.326 de *habeas data*. Esto último porque la protección de datos personales también tiende a preservar el derecho a la intimidad <sup>135</sup>. Y no puede considerarse excesiva tanta tutela cuando se memora la pluralidad de vías existentes para violar «*esa zona de reserva del individuo*» <sup>136</sup> que es el derecho a la intimidad <sup>137</sup>.

Dando apoyo a las consideraciones anteriores, Lorenzetti consigna que «*es habitual (en la tutela inhibitoria o preventiva) que se trate de perjuicios que si se concretan, no son monetizables. Si bien este elemento no es esencial, es en este campo donde mayor desarrollo ha tenido. También es habitual que se refiera a bienes fungibles porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención*» <sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> Santos CIFUENTES, «El derecho a la intimidad», E.D., t. 57, pág. 831.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pág. 839: «... la acción de abstención, que obliga al responsable a cesar en sus actitudes de perturbación que los italianos llaman acción de remoción. Con la acción de inhibición, se prohíbe el acto que no se ha comenzado a realizar».

<sup>134</sup> Art. 1071 bis C.C.: «El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación».

<sup>135</sup> Guillermo PEYRANO, *ob. cit.*, pág. 22.

<sup>136</sup> Augusto MORELLO, «Tutela procesal del derecho a la intimidad personal», J.A. 1985-II, pág. 765.

<sup>137</sup> Eduardo DE LÁZZARI, *Medidas cautelares*, 3ª ed., La Plata, Platense, 2000, t. 2, pág. 240.

<sup>138</sup> Ricardo LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 288.



Si bien el área de los derechos personalísimos es una de las más pródiga en ejemplos de aplicación del ideario de la acción preventiva, no puede perderse de vista que ésta también puede operar en terrenos distintos, así en el campo estrictamente patrimonial y de ninguna manera relacionado con derechos de la «tercera generación». Acumulemos pruebas: a) la acción de exoneración de fianza simple civil que puede promover el fiador contra el deudor cuando éste disipa sus bienes <sup>139</sup> o adopta alguna de las conductas previstas por el art. 2026 inc. 3 C.C. <sup>140</sup>. Al respecto, Borda explicita que en el supuesto del art. 2026 inc. 3 C.C. y a diferencia del caso del art. 2025 C.C. <sup>141</sup>, el fiador puede optar entre embargar al deudor o pedirle que lo exonere de la fianza <sup>142</sup>. Pero el derecho de pedir la exoneración o el embargo, no podrá ser invocado por el fiador que se obliga contra la voluntad expresa del deudor, según los términos del art. 2027 C.C. <sup>143</sup>; b) los casos previstos por los arts. 3157 <sup>144</sup> y 3158 <sup>145</sup> C.C. también parecen ser hipótesis de acciones preventivas.

---

<sup>139</sup> Guillermo BORDA, *Contratos*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1969, t. II, pág. 548.

<sup>140</sup> Art. 2026 inc. 3 C.C.: «El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor, o la exoneración de la fianza en los casos siguientes... 3) Si disipare sus bienes, o si emprendiese negocios peligrosos, o los diese en seguridad de otras obligaciones».

<sup>141</sup> Art. 2025 C.C.: «El fiador podrá pedir al deudor la exoneración de la fianza, cuando han pasado cinco años desde que la dio, a no ser que la obligación principal sea de tal naturaleza, que no esté sujeta a extinguirse en tiempo determinado o que ella se hubiese contraído por un tiempo más largo».

<sup>142</sup> BORDA, ob. cit., pág. 549.

<sup>143</sup> *Ibídem*, pág. 549.

<sup>144</sup> Art. 3157 C.C.: «El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de desposesión material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado».

<sup>145</sup> Art. 3158 C.C.: «Todo acreedor hipotecario, aunque su crédito sea a término o subordinado a una condición, tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes contra los actos sobre que dispone el artículo anterior».

### 3. Clasificaciones de las acciones preventivas

Visualizaremos dos clasificaciones propias de las acciones preventivas. La primera, es la que las diferencia entre acciones preventivas urgentes y acciones preventivas sin peligro en la demora. Las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que por ahora es una mera amenaza. Esta categoría, claro está, es la que por lo común admite en su seno medidas cautelares y también tutelas anticipadas. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza de daño no es inminente<sup>146</sup>, sino una donde conforme al orden normal y corriente de las cosas transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse.

La restante clasificación es la de las acciones preventivas indiferenciadas<sup>147</sup> que se contraponen a la especie de las acciones preventivas portadoras de una tutela especial. Las primeras no apuntan a preservar derechos que reclamen una tutela especial por su acentuada trascendencia. Habitualmente son acciones con contenido patrimonial, sobre derechos fungibles y las condenas que las rematan son susceptibles de ser ejecutables por terceros o de ser sustituidas dinerariamente sin mayores inconvenientes. De las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales puede predicarse, en cambio, todo lo contrario: protegen derechos dignos de tutelas diferenciadas; contienen, de ordinario, derechos extrapatrimoniales y las condenas que les dan cima no son adecuadamente ejecutables por terceros ni sustituibles por prestaciones dinerarias. Nos parece, entonces, que la excelente definición de Monroy Gálvez de las acciones preventivas en general, resultaría aplicable exclusivamente a las acciones preventivas que fueran portadoras de tutelas especiales. Oigamos al maestro peruano: «*tutela inhibitoria es la prestación jurisdiccional de naturaleza específica, destinada a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un man-*

---

<sup>146</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 438.

<sup>147</sup> Sería el caso de las previstas por los arts. 3157 y 3158 C.C..

*dato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva»*<sup>148</sup>. Igualmente, destaca que la tutela diferenciada preventiva tiene «por finalidades específicas» obtener sentencias condenatorias -hacer o de no hacer- no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir, de prestaciones infungibles<sup>149</sup>.

#### 4. Finalidades de las acciones preventivas

Es preciso distinguir<sup>150</sup> las finalidades inmediatas<sup>151</sup> de las acciones preventivas (órdenes judiciales de hacer o de no hacer en sentido lato) de las finalidades mediatas que pueden tener, que son muy variadas (cesar, paralizar, impedir su continuación, rectificar, morigerar los defectos nocivos ya en curso, evitar la repetición de daños ya ocurridos, etcétera. Así, por ejemplo, la finalidad inmediata, «hacer» puede reconocer finalidades mediatas de ribetes singulares. Sobre el particular, informa Zavala de González, al tratar el tema del retiro del mercado de productos defectuosos que «en EE.UU. existen precedentes judiciales sobre daños a raíz de la fabricación de automotores con fallas de las cuales previsiblemente resultarán siniestros... La retirada del producto (product recall) debe ser precedida por una adecuada difusión para advertir a los usuarios y lograr la readquisición de las unidades con fallas»<sup>152</sup>.

En materia de polución ambiental, también las órdenes de «hacer» se pueden motorizar en finalidades mediatas idóneas, cual sería la de disminuir los daños ya producidos<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Juan MONROY GÁLVEZ y Juan José MONROY PALACIOS, ob. cit., pág. 166.

<sup>149</sup> *Ibídem*, pág. 165.

<sup>150</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 435.

<sup>151</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 431.

<sup>152</sup> *Ibídem*, pág. 436.

<sup>153</sup> Ricardo LORENZETTI, «La tutela civil inhibitoria» cit., pág. 1228.

## 5. Singularidades de las acciones preventivas

### *Legitimados pasivos*

La tutela preventiva puede tener como destinatarios tanto a particulares como a entidades públicas <sup>154</sup>. Excepcionalmente, puede enderezarse contra sujetos que no han generado el riesgo de daño que el accionante procura alejar <sup>155</sup>.

### *Existencia de la amenaza de daño*

La tutela preventiva sólo reclama una situación fáctica actual, que objetivamente <sup>156</sup> aparezca como idónea para generar un daño futuro, haciendo nacer así el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular. Señala con acierto Devis Echandía, lo siguiente: *«El perjuicio incierto, pero posible, en razón de hechos actuales (como el daño que amenace a nuestra propiedad por el estado de inseguridad de la edificación vecina, o por el tránsito de locomotoras en malas condiciones, en forma que puedan ocasionar incendios), otorga suficiente interés para la solicitud de que se tomen las medidas conducentes a prevenirlo. También lo será el beneficio o perjuicio futuro que se reciba ciertamente, según se consiga o no lo pedido en la demanda y la tutela de un pretendido derecho sometido a condición suspensiva, pero cierta (no es el caso de la expectativa herencial, porque no es cosa cierta que el presunto causante muera antes que el pretendiente a heredarlo). La situación de hecho, objeto de la decisión, debe existir, pero el beneficio o perjuicio que de ella se deduzcan pueden ser posibles y futuros, y entonces el interés para obrar será suficiente. Ya no se trata-*

---

<sup>154</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 434.

<sup>155</sup> *Ibidem*, pág. 420.

<sup>156</sup> Jorge W. PEYRANO, «Informe sobre las acciones preventivas», pág. 222: *«... también las acciones preventivas requieren la concurrencia de interés para obrar actual para estar en condiciones de ser merecedoras de una sentencia final o de mérito, al igual que las otras acciones».*

*rá de simples expectativas ni de derechos hipotéticos»*<sup>157</sup>. Repárese en que no se exige la **inminencia** del daño que se cierne sobre la honra o el patrimonio del accionante.

### *Ilicitud de la conducta del destinatario de la acción preventiva*

Si bien la existencia de un daño perpetrado no es condición necesaria para el progreso de una acción preventiva, sí lo es la posibilidad de que se consume la práctica de un ilícito<sup>158</sup> para cuya concurrencia no es menester, como se sabe<sup>159</sup>, la consumación de un perjuicio. Marinoni argumenta de la siguiente manera: «*La inhibitoria no tiene el daño entre sus presupuestos. Su objetivo, tal como he dicho, es el ilícito. Es preciso dejar claro que el daño es una consecuencia meramente eventual del acto ilícito. El daño es requisito indispensable para la configuración de la obligación resarcitoria, mas no para la constitución del ilícito*»<sup>160</sup>. Por supuesto que «la ilegitimidad (ilicitud) requiere una valoración sustancial y no meramente formal. Por ejemplo, no es suficiente que exista autorización administrativa para una actividad empresarial si genera molestias que exceden una normal tolerancia (art. 2618 C.C.). También es factible que una actividad aparentemente desplegada acorde con la ley, sea sin embargo arbitraria o sea carente de fundamentos de razonabilidad y justicia (art. 43 C.N.). Igualmente, «*existe antijuridicidad cuando se ejerce un derecho respetando la letra de la ley, pero en contra de los fines que ésta tuvo en vista al reconocerlo o de manera adversa a la buena fe, a la moral y a las buenas costumbres*»<sup>161</sup>. Orgaz se expide en parecido sentido<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> Hernán DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Aguilar, págs. 251/252.

<sup>158</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1132: «*Es correcto concluir así, que la tutela inhibitoria no tiene ante sus presupuestos el daño y la culpa, limitándose a exigir la probabilidad de la práctica de un ilícito, de su repetición o continuación*».

<sup>159</sup> Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, 2ª ed., Buenos Aires, Omeba, 1960, pág. 19: «*En suma, hay ilicitud sin daño como hay daño reparable sin ilicitud*».

<sup>160</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1131.

<sup>161</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, pág. 432.

<sup>162</sup> ORGAZ, ob. cit., pág. 22 al pie.

*¿Es preciso la concurrencia de factores de atribución en cabeza del legitimado pasivo de una acción preventiva para que ésta pueda progresar?*

Forman amplia mayoría las opiniones que interpretan que no resulta menester la existencia de dolo o culpa en el destinatario de una acción preventiva para que ésta pueda prosperar. Junto con otros motivos, se hace valer *«que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura»*<sup>163</sup>. Marinoni, concordantemente, sostiene: *«Con todo, comprendido el ilícito como acto contrario al derecho, no hay razón para exigir el elemento subjetivo para su configuración. Trátándose de la tutela inhibitoria, forma de tutela jurisdiccional que nada tiene que ver con el daño sino apenas con la probabilidad de la práctica de un ilícito, no hay razón para pensar en la culpa. La culpa es un criterio para la imputación de la sanción por el daño, siendo totalmente descartable cuando se piensa en impedir la práctica, la continuación o repetición de un acto contrario a derecho»*<sup>164</sup>. En igual sentido, se alista Zavala de González: *«No es necesaria la concurrencia de factores de atribución (dolo o culpa) para que proceda una acción preventiva. Ellas son razones para imponer responsabilidad resarcitoria por el daño, pero para impedirla basta una conducta peligrosa desplegada sin o contra derecho»*<sup>165</sup>.

En posición minoritaria, se enrola Nicolau<sup>166</sup>.

*Improcedencia de la necesidad de acumular una tutela preventiva a una tutela resarcitoria*

Zavala de González enseña que *«como la procedencia de la inhibitoria se subordina simplemente a la existencia de un peligro de daño o de su agravación, no es menester el ejercicio conjunto de una pretensión resarcitoria (el perjuicio puede ser inexistente o bien cabe que el interés del damnificado se ciña a que no aumente o a que no*

---

<sup>163</sup> Ricardo LORENZETTI, «La tutela civil inhibitoria» cit., pág. 1223.

<sup>164</sup> MARINONI, ob. cit., pág. 1130.

<sup>165</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 434.

<sup>166</sup> NICOLAU, ob. cit., pág. 1248.

*prosiga el perjuicio ya producido)*»<sup>167</sup>. Ahora bien, pensamos que nada obsta a que en algún caso puedan llegar a acumularse ambas tutelas. Ello ocurrió, por ejemplo en el *leading case* en materia de tutela anticipada «Camacho Acosta», donde amén de la tutela anticipada postulada (pago a cuenta de la indemnización final, de una prótesis bioeléctrica para un antebrazo) que funcionó en la especie como tutela preventiva dado que se procuraba evitar que el paso del tiempo tornara imposible la colocación de la prótesis en cuestión, se reclamó una tutela resarcitoria tendiente a compensar económicamente al accionante de las resultas de un infortunio laboral que le ocasionó una incapacidad parcial permanente.

*Se debe tratar de una amenaza de daño todavía no concretada*

A título de recaudo general de la acción preventiva, se requiere que la amenaza de daño todavía no se hubiera concretado o que, al menos, el daño comenzado a producir todavía no hubiera concluido de suscitar efectos nocivos<sup>168</sup>.

*Adecuada valoración de los intereses en juego*

La tutela preventiva exige «una delicada valoración comparativa entre la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse tal peligro»<sup>169</sup>. Acierta, Marinoni cuando afirma que «no es posible requerir una tutela inhibitoria que aun cuando tienda a evitar un ilícito, acabe causando un daño excesivo al demandado»<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 434: «La tutela preventiva es autónoma de la resarcitoria y no condicionada a la procedencia de ésta ni al ejercicio de una pretensión adicional de condena por los perjuicios inferidos».

<sup>168</sup> Ibídem, pág. 433: «La posibilidad material de detener la actividad atañe a la operatividad práctica de la tutela inhibitoria porque cuando la situación lesiva se ha producido y contemplado todo el daño temido, solamente resta una pretensión resarcitoria. Por eso, debe tratarse de actos aún no realizados o bien susceptibles de continuar o de reiterar dañando».

<sup>169</sup> Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños (elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 236.

<sup>170</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1135.

### 6. Procedimiento de las acciones preventivas

La doctrina acuerda en considerar necesario construir un procedimiento autónomo en materia de acciones preventivas <sup>171</sup>. Aunque tal necesidad se muestra particularmente acuciante cuando se trata del ejercicio de lo que denominamos «acción preventiva portadora de una tutela especial». Es que éstas tienden a proteger de eventuales y futuras violaciones a derechos que hoy poseen una singular trascendencia (derechos personalísimos, a la «calidad de vida»). Es que cuando se trata de esta última categoría que procura preservar derechos en principio infungibles y malamente reemplazables por sustituciones pecuniarias, aparecen singularidades tales como la conveniencia de adoptar particulares medios de compulsión para conseguir el efectivo cumplimiento de las sentencias correspondientes. Establecido lo anterior, se impone subrayar que también hay acuerdo en estimar que el ejercicio de acciones preventivas debe generar procesos de conocimiento <sup>172</sup>. En cuanto al procedimiento estrictamente, también hay coincidencia en que debe construirse un trámite comprimido, preferente y expeditivo <sup>173</sup>, sugiriéndose el más breve <sup>174</sup> que regule el pertinente sistema procesal (de ordinario, el sumarísimo) si es que no se opta por el diseño de un trámite *ad hoc*. Es de destacar que en Perú también se ha propuesto a tal efecto, el juicio sumarísimo <sup>175</sup>. De Lázzari parece opinar lo mismo <sup>176</sup> en lo referente a Argentina. Y esa es, por cierto, la tramitación que exige la ley 24.240 cuando se trata de una acción promovida por los consumidores o los usuarios al amparo de los arts. 50 y 52 de la ley de defensa de los consumidores.

---

<sup>171</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1127.

<sup>172</sup> Juan MONROY GÁLVEZ, *Temas de proceso civil*, pág. 66.

<sup>173</sup> Eduardo DE LÁZZARI, ob. cit., pág. 242; Augusto MORELLO, *Tutela procesal del derecho a la intimidad personal*, pág. 775.

<sup>174</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 444.

<sup>175</sup> Omar Cairo y otros, ob. cit., pág. 112.

<sup>176</sup> DE LÁZZARI, ob. cit., pág. 242.



### 7. Acerca de las sentencias que admiten acciones preventivas

Creemos que las sentencias que resuelven hacer lugar a acciones preventivas y dan finiquito al proceso respectivo, son de condena<sup>177</sup> porque, con fuerza definitiva, imponen un hacer o un no hacer, a diferencia de las acciones mere declarativas que se limitan a disipar una incertidumbre jurídica sin forzar el cumplimiento de prestación alguna. Existen, sin embargo, calificadas opiniones que estiman que las susodichas sentencias no serían estrictamente de condena, sino más bien «mixtas»; en parte de condena y en parte ejecutivas<sup>178</sup>. Se ha propuesto, entonces, denominarlas «mandamentales ordenatorias»<sup>179</sup> por considerarlas un género distinto de la clásica clasificación tripartita de las sentencias de conocimiento<sup>180</sup>. Quienes así opinan, argumentan con la particular energía (que se traduce en órdenes judiciales cuyo incumplimiento puede producir graves consecuencias) que pueden desarrollar las condenas judiciales en esta materia, especialmente cuando se trata de las acciones preventivas portadoras de una tutela especial.

Nosotros pensamos que las previsiones existentes en los códigos procesales civiles en punto a condenas a hacer<sup>181</sup> y a «no hacer»<sup>182</sup> en

---

<sup>177</sup> Jorge W. PEYRANO, *Informe sobre las acciones preventivas*, pág. 224; Omar CAIRO y otros, ob. cit., págs. 109/110.

<sup>178</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 135

<sup>179</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1127.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pág. 1128.

<sup>181</sup> Art. 513 C.P.C.C.N.: «En caso de que la sentencia contuviese condena a hacer alguna cosa, si la parte no cumpliera con lo que se le ordenó para su ejecución dentro del plazo señalado por el juez, se hará a su costa o se le obligará a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, a elección del acreedor. Podrán imponerse las sanciones conminatorias que autoriza el art. 37. La obligación se resolverá también en la forma que establece este artículo, cuando no fuere posible el cumplimiento por el deudor. Para hacer efectiva la indemnización se aplicarán las reglas establecidas según que la sentencia haya fijado o no su monto para el caso de inejecución. La determinación del monto de los daños tramitará ante el mismo juez por las normas de los arts. 593 y 504, o por juicio sumario, según aquél lo establezca. La resolución será irrecurrible».

<sup>182</sup> Art. 514 C.P.C.C.N.: «Si la sentencia condenare a no hacer alguna cosa, y el obligado la quebrantase, el acreedor tendrá opción para pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuese posible, y a costa del deudor, o que se le indemnicen los daños y perjuicios, conforme a lo prescripto en el artículo anterior».

combinación con la atribución (expresa o implícita) de adecuar la ejecución que le incumbe a los jueces <sup>183</sup>, resultan suficientes para generar condenas eficientes cuando se persigue preservar derechos que merecen una tutela especial. Insistimos en que las particularidades de que puedan estar revestidas las ejecuciones materiales de las susodichas sentencias de condena <sup>184</sup>, no bastan para justificar el nacimiento de una cuarta especie de pronunciamientos de conocimiento; máxime cuando, como hemos visto, los jueces pueden utilizar facultades implícitas en su potestad de *executio* y habida cuenta de que el proceso «*por su propia duración y dinámica, es fuente jurígena de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones*» <sup>185</sup>, quedan autorizados, para crear idóneos medios compulsivos *extra legem*.

Anotamos como peculiaridad común a todas las acciones preventivas que dado que las sentencias que les dan cima muchas veces imponen un cumplimiento continuado y durante cierto lapso de alguna prestación, resulta habitual que incluyan «cláusulas previsoras» <sup>186</sup> que de alguna manera contemplen avatares que puedan darse en el futuro. Así, por ejemplo, ocurrió en «Achaga» <sup>187</sup> y en «Piu de Carolli» <sup>188</sup>. Igualmente es rasgo común la incorporación frecuente de medios compulsorios (multas, astreintes) en-

---

<sup>183</sup> Art. 511 C.P.C.N.: «A pedido de parte el juez establecerá las modalidades de la ejecución o ampliará o adecuará las que contenga la sentencia, dentro de los límites de ésta».

<sup>184</sup> Así, por ejemplo, recuerda MARINONI (ob. cit., pág. 1136) que «*durante la fase de ejecución de una tutela inhibitoria puede el juez designar un interventor o un administrador para asegurar el hacer o no hacer que esté a cargo de una empresa*».

<sup>185</sup> Augusto MORELLO y Gabriel STIGLITZ, ob. cit., pág. 373.

<sup>186</sup> Conf. de Eduardo TINANT, «Bioética, amparo y un nuevo caso de trasplante de órgano a la luz de la interpretación «previsora», Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires págs. 385/94.

<sup>187</sup> Publicado en Espacio libre, año 3, N° 8, pág. 6 y ss..

<sup>188</sup> Autos «Piu de Carolli, Eleonor c/ Centro Unión Dependientes s/ amparo medida cautelar innovativa» (Protocolo de Acuerdos de la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, resolución N° 55/02). Puede consultarse dicho fallo completo y un inteligente comentario sobre él que lleva por título «La acción de amparo y el principio de congruencia», salido de la pluma de María del Pilar HIRUELA DE FERNÁNDEZ, en Zeus Córdoba, boletín del 24/12/02, pág. 1012 y ss..

caminados a asegurar el efectivo cumplimiento del mandato judicial. Cabe aclarar que también pueden aceptar ejecuciones sustitutivas (por otro o dinerarias) de la prestación impuesta<sup>189</sup>, aunque esto último sólo sería viable, en principio, en el caso de una acción preventiva indiferenciada.

Eso sí: corresponde admitir que los pronunciamientos finales recaídos en materia de acciones preventivas portadoras de tutelas especiales, reconocen características singulares que habilitan cumplimientos forzados especiales. Para mejor desbrozar el tema, debemos llevar a cabo algunas consideraciones propedéuticas.

Cierto es que el pensamiento procesal liberal clásico no tenía especial interés en conseguir la ejecución *in natura* o específica de las condenas judiciales<sup>190</sup>, contentándose con ejecuciones sustitutivas (por otro o por dinero) de las obligaciones de hacer o de no hacer. Tal posición resulta congruente con el ideario decimonónico que experimentaba horror hacia la coercibilidad de las obligaciones de hacer impuestas judicialmente<sup>191</sup>. Empero, tal mentalidad conspira contra una adecuada protección de ciertos derechos (los de la tercera generación) que hoy se ponderan como significativamente valiosos<sup>192</sup>. Reflexionemos a partir del siguiente ejemplo: «*Si una fábrica dedicada a la industria pesada comienza a construir su sede a la vera de una zona ecológica, sobre la base de una autorización provisional expedida por algún funcionario venal y se demanda la interrupción de los trabajos (no hacer), ¿debe continuarse la construcción?, la decisión judicial firme de que no continuará la edificación puede ser reemplazable?*»<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Ricardo LORENZETTI, «Tutela civil inhibitoria» cit., pág. 1224.

<sup>190</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 1129.

<sup>191</sup> Juan MONROY GÁLVEZ y Juan José MONROY PALACIOS, ob. cit., pág. 166: «Este es el rasgo del pensamiento liberal que se conoce con el nombre de incoercibilidad del hacer. Como se ha explicado, el respeto sacro por la libertad y por el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, condujo el pensamiento procesal a la elaboración de un dogma según el cual, la decisión judicial no puede transgredir el límite de la voluntad del obligado. Si éste no desea cumplir el mandato judicial es suficiente (por tanto, satisfactorio) con que se condene a éste a una reparación patrimonial por el incumplimiento incurrido».

<sup>192</sup> Luiz MARINONI, ob. cit., pág. 131.

<sup>193</sup> Juan MONROY GÁLVEZ y Juan José MONROY PALACIOS, ob. cit., pág. 166.

Frente a situaciones como la arriba descrita, resulta insoslayable que los magistrados formulen una inteligente y enérgica aplicación de los medios compulsorios reglados (multas, astreintes), a los que pueden sumarse otros ingenios pretorianos cual es el caso de la medida conminatoria <sup>194</sup>.

No resulta ocioso recordar que la institución de la ejecución forzosa en especie es un síntoma de madurez jurídica del sistema procesal donde se inserta <sup>195</sup>.

Cierto es que la especial problemática que plantean los supuestos en que es menester la ejecución de los mandatos judiciales, en algunas hipótesis encuentra solución en el medio compulsorio astreintes como forma idónea para forzar la voluntad renuente del destinatario de una orden judicial. Pero puede acontecer que medien casos donde la amenaza de aplicar astreintes resulte ineficaz. Piénsese en el supuesto consistente en que la traducción económica de persistir en la desobediencia implica una mayor ganancia <sup>196</sup> que el desembolso correspondiente al pago de astreintes (para colmo de males, estas últimas siempre son susceptibles de morigeraciones, suspensiones y cancelaciones, según fuere la actitud del desobediente).

Además, existe multiplicidad de casos donde las peculiaridades de la situación, determinan que lo mejor para el cabal cumplimiento de lo ordenado judicialmente pase por la satisfacción por obra y mano del destinatario de la orden. Entiéndase bien: no se trata, estrictamente, de que resulte absolutamente imposible conseguir una ejecución por terceros para cumplir en especie un mandato judicial sino de obtener un más logrado y satisfactorio servicio de justicia. Al respecto, hemos consignado lo siguiente: ¿Y por qué interesa que el cumplimiento en especie del mandato judicial se logre mediante el concurso de la voluntad de su destinatario, cuando la ejecución por terceros sería, en la mayoría de los supuestos, factible? Ora por razones crematísticas (v.gr., la ejecución por terceros implicaría ya un desembolso que no estaría en condiciones de afrontar el

---

<sup>194</sup> Jorge W. PEYRANO, «Medidas conminatorias», en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Rosario, Juris, 2002, t. 1, pág. 25 y ss..

<sup>195</sup> Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias*, Palma de Mallorca, Edit. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, p.57.

<sup>196</sup> Jorge W. PEYRANO, ob. cit., pág. 19.

interesado ora por motivos de otra índole (aquí el lector queda librado a su imaginación) atañe al mejor servicio de justicia que sea el propio destinatario de la medida que la cumplimente y en especie <sup>197</sup> y también puede acontecer -ahora en el terreno de la imaginación que antes propiciábamos- que el cumplimiento cabal de lo mandado judicialmente sólo pueda ser satisfecho mediante el concurso de personal (subordinado al destinatario de la medida) altamente especializado y muy difícilmente sustituible. La hipótesis (y existen tantas otras) no es improbable en la época de tecnología supersofisticada que nos toca vivir <sup>198</sup>.

La zona en la cual el cumplimiento debe ser en especie por más que en abstracto pueda ser ejecutado por terceros, es donde la realidad actual del sistema procesal argentino presenta un vacío evidente que la llamada medida conminatoria pretende llenar.

Si hoy se habla de un Poder Judicial comprometido con la realidad social <sup>199</sup> y de un activismo judicial en pro de un proceso eficaz <sup>200</sup>, no caben dudas acerca de que hay que dotarlo de herramientas idóneas *ad hoc*. Y pensamos que la medida conminatoria -que ya posee un cuerpo doctrinal <sup>201</sup>- lo es.

Casi huelga aclarar que lo que venimos diciendo no implica propiciar un desborde del Poder Judicial -tal como ha ocurrido en otros países, inclusive de neto corte democrático <sup>202</sup>- para entronizar así una tiranía de los jueces. Pero tampoco se puede seguir aceptando el actual estado de cosas, que a veces posee visos caricaturescos.

Antes de proseguir se impone informar al lector (que puede no estar avisado) acerca de lo que entendemos por medida conminatoria. Así es

---

<sup>197</sup> Jorge W. PEYRANO y Julio O. CHIAPPINI, ob. cit., pág. 830.

<sup>198</sup> *Ibidem*, pág. 830.

<sup>199</sup> Augusto MORELLO y Gabriel STIGLITZ, «Función preventiva del derecho de daños», trabajo citado en nota 39.

<sup>200</sup> Augusto MORELLO, «El rol de los tribunales en las sociedades modernas», en E.D. 118-939.

<sup>201</sup> Además de los trabajos hasta aquí citados puede mencionarse el trabajo «Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria» de nuestra autoría, publicado en L.L., boletín del 22/8/88.

<sup>202</sup> Augusto MORELLO, «Legitimación de obrar y el carácter político y no justiciable de las cuestiones atinentes a las relaciones exteriores», en J.A., boletín del 15/3/89, pág. 19.

que la hemos descripto, expresando que es cualquier orden -de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales- emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento *in natura* de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad de su destinatario, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que *prima facie* podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz<sup>203</sup>.

En cuanto al deslinde de la diligencia conminatoria de las medidas disciplinarias, hemos manifestado lo siguiente: «*en cierta forma, la divisoria de aguas entre medios compulsorios y sanciones disciplinarias sería la siguiente: los primeros tienen en vista conductas futuras deseables (el cumplimiento in natura de una prestación o de un mandato judicial), las segundas tienen más bien en mira conductas ya acaecidas (la infracción al deber de lealtad procesal) que deben ser reprimidas*»<sup>204</sup>.

Los indicados alcances, extraprocesales explican la amenaza que se blande contra el desobediente de insistir éste en su contumacia, amenaza que implica consecuencias que no influyen sobre el desarrollo del proceso respectivo. Lo que significa que el desobediente contumaz no quedará sumido en alguna situación procesal desfavorable (por ejemplo, paralización del proceso) sino que sufrirá alguna consecuencia fuera del ámbito del proceso en que el que se encuentra involucrado<sup>205</sup>.

Siempre continuando con el comentario somero de la precitada descripción cuadra consignar que el despacho de una medida conminatoria encierra un ejercicio de poderes de hecho de los jueces, especialmente en lo relacionado con el diseño del mal mayor que viene a tratar de vencer al desobediente acerca de que más le conviene cumplir con lo ordenado. Y ¿qué interpretamos por tales poderes de hecho? Pues creemos que dicha locución «*engloba una vasta gama de instituciones y herramientas jurídicas que confluyen -en homenaje al valor efica-*

---

<sup>203</sup> Jorge W. PEYRANO, «Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria», *La Ley*, boletín del 22/8/88, pág. 4.

<sup>204</sup> Jorge W. PEYRANO, «La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso», en *J.A.*, boletín del 14/10/87, pág. 15.

<sup>205</sup> *Ibíd.*, pág. 18.

*cia del proceso- para que lo ordenado judicialmente se materialice exitosamente en los hechos con el concurso de la voluntad del destinatario de la orden o aun venciendo su resistencia. Expresado de otra manera: los poderes de hecho de los tribunales de justicia judicial involucran todo lo que hace al cómo pasar de la declaración a la acción concreta que debe ser la consecuencia de dicha declaración. Veamos ahora algunos ejemplos de males mayores pensados doctrinalmente a tal efecto. En tal orden de ideas, puede anotarse lo que sigue: «clausura provisoria de un local de comercio que produce molestias a otra explotación comercial vecina hasta tanto se haga lo necesario para que cesen dichas molestias; la paralización de una línea de montajes -calificada judicialmente como peligrosa- de una fábrica hasta tanto deje de serlo para los operarios; el secuestro de un número de una revista sensacionalista que sigue publicando una serie de notas escandalosas a pesar de haberse prohibido judicialmente dicha publicación»<sup>206</sup>. Y en el plano jurisprudencial puede citarse el ejemplo que a renglón seguido se aporta «en abril de 1986, y luego de haberse desobedecido, reiteradamente, una medida cautelar innovativa consistente en que se reformara el sistema de ventilación de una confitería bailable que funcionaba en un subsuelo y cuyos enormes extractores arrojaban grandes masas de aire enrarecido a una explotación comercial vecina, se decretó la clausura (mal mayor que el representado por acatar la orden judicial primigenia) del negocio de confitería bailable, hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de dichos forzadores»<sup>207</sup>.*

Por más que no lo exprese la descripción recordada, insistimos que constituye un presupuesto para el despacho de una medida conminatoria que lo ordenado sea, en los hechos, aunque no imposible, difícilmente practicable a través de terceros.

---

<sup>206</sup> Jorge W. PEYRANO, «Poderes de hecho de los jueces...», pág. 5.

<sup>207</sup> *Ibídem* pág. 5, donde se alude al *leading case* en la materia caratulado «Cuoco Esteban y Daniel Igareta (sociedad de hecho) c/ C.A. s. Medida precautoria s. Demanda sumaria», tramitada por ante el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Rosario.

En lo atinente al tramo que consigna que cualquier orden puede configurar una medida conminatoria, cabe acotar que con ello no sólo se alude a que la imaginación y la prudencia son los únicos límites que los jueces tienen sobre el particular sino también a que corresponde su despacho para asegurar el cumplimiento de todo tipo de mandatos (cautelares, sentencias de mérito, etcétera).

Finalmente y desde una perspectiva más amplia, debe recalcar que las medidas conminatorias forman parte del cuadro de medios compulsorios que son, a su turno, la traducción jurídica de la técnica del castigo <sup>208</sup>.

Media coincidencia -y así lo ha declarado un certamen científico <sup>209</sup>- que ya lo mismo podrían los jueces en lo civil y comercial decretar medidas conminatorias <sup>210</sup> y tampoco existen discrepancias -sino más bien lo contrario- cuando de aportar las razones del susodicho acuerdo, se trata. Ora que se traiga a cuento el régimen de astreintes previsto por el art. 666 bis C.C. y por ciertos ordenamientos procesales (art. 37 C.P.C.C.N.) y su extensión analógica a ese otro medio compulsorio que es la medida conminatoria <sup>211</sup>, ora que se invoque la existencia de atribuciones judiciales implícitas derivadas del principio de autoridad <sup>212</sup>, lo cierto es que la conclusión anticipada es la misma.

Importante característica de la medida conminatoria es que siempre se tratará de un mandato derivado <sup>213</sup>.

Al igual que lo que sucede con otro medio compulsorio cuales son las astreintes <sup>214</sup>, no procede despachar una diligencia conminatoria cuando

<sup>208</sup> Jorge W. PEYRANO, «La medida conminatoria y el valor...» cit., pág. 14.

<sup>209</sup> Se alude a las conclusiones del IV Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe celebrado en Venado Tuerto en mayo de 1988.

<sup>210</sup> Jorge W. PEYRANO, «La medida conminatoria y el valor...» cit., pág. 20.

<sup>211</sup> Edgar BARACAT, «Poderes conminatorios legales y extralegales del juez para la actuación de mandatos instructorios y cautelares», J.A., boletín del 6/6/88, pág. 2.

<sup>212</sup> Jorge W. PEYRANO, «La medida conminatoria y el valor...» cit., pág. 20.

<sup>213</sup> Jorge W. PEYRANO y Julio O. CHIAPPINI, ob. cit., pág. 829: «*La medida conminatoria será siempre un mandato derivado, es decir la consecuencia de haberse desobedecido previamente otra orden judicial respecto de la cual se pretende acatamiento en homenaje, entre otras cosas, al valor eficacia en el proceso.*»

<sup>214</sup> Jorge W. PEYRANO, «La medida conminatoria y el valor ...» cit., pág. 17.



la conducta debida (y no cumplimentada) implica el levantamiento de una carga procesal <sup>215</sup>. Lo que resulta lógico a poco que se memore que las conductas a adoptar en virtud de una carga procesal son incoercibles, dependiendo del propio interés de aquél sobre quien pese satisfacerla (y así liberarse de una expectativa desfavorable).

¿Es menester proponer contracautela para postular su despacho? Entendemos que dicho interrogante debe contestarse negativamente. La medida conminatoria no es una diligencia cautelar sino un mandato derivado que puede, entre otras cosas, propender a la eficacia de una diligencia precautoria. Por supuesto que si se hubiera otorgado contracautela para asegurar los eventuales perjuicios resultantes de una cautelar postulada sin derecho, ésta cubrirá todos los daños ocasionados por la correspondiente conminatoria, pero ello nada tiene que ver con el susodicho intrínquilis.

Habida cuenta de lo anterior, se suscita, necesariamente, la siguiente pregunta ¿pueden decretarse oficiosamente? Si bien el tema es opinable, nos inclinamos por pensar que, en principio, la respuesta debe ser negativa. Es que el sistema procesal civil argentino es predominantemente dispositivo y con ello no parece compaginar demasiado el despacho oficioso de medidas conminatorias. Sin embargo, creemos que en los procesos inquisitoriales -donde el principio dispositivo no es tan prevaleciente <sup>216</sup>- podría en algún supuesto concebirse el mencionado despacho oficioso.

Lo normal y corriente será que un lapso separe la orden judicial primigeniamente desobedecida (v.gr., una cautelar innovativa) y el despacho del mandato derivado (medida conminatoria) que procurará hacer cesar dicha desobediencia, pero puede ser que las circunstancias del caso aconsejen que *ab initio*, el órgano jurisdiccional emita ambos mandatos para que el derivado funcione de inmediato en la hipótesis que el primario no sea acatado <sup>217</sup>. Tal es una modalidad en la emisión de una medida conminatoria no sólo imaginable sino también provechosa en cuanto involucra un adecuado homenaje al valor economía procesal.

---

<sup>215</sup> Edgar BARACAT, ob. cit., pág. 5.

<sup>216</sup> Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 133.

<sup>217</sup> Jorge PEYRANO «Poderes de hecho de los jueces...» cit., pág. 5.

Otra peculiaridad que puede darse en el terreno de las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales, es la presencia de la operatividad de lo que se ha dado en llamar «flexibilización de la congruencia», también conocida como «*extensión del principio de congruencia*»<sup>218</sup>. Como es sabido, el principio de congruencia<sup>219</sup> advino como un artilugio técnico al proceso civil apto para evitar arbitrariedades del Estado encarnado en la persona del juez<sup>220</sup>. Su finalidad fue proteger a los justiciables y no la de perjudicarlos merced a interpretaciones rígidas y formalistas de sus alcances. Sobre el punto, se ha dicho que «*el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación*»<sup>221</sup>. No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso<sup>222</sup>. Parra Quijano también se pronuncia contra la vigencia de un principio de congruencia inflexiblemente aplicado: «*En realidad, este principio (el de congruencia) está en crisis ya que con los términos de la indexación de oficio, la reclamación del pago de los frutos, etcétera, ha venido siendo depuesta su autoridad*»<sup>223</sup>;

---

<sup>218</sup> Clemente DÍAZ, *Instituciones de derecho procesal*, Buenos Aires, 1968, Parte General, t. I, pág. 351.

<sup>219</sup> Jorge W. PEYRANO, *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, 2ª ed., Rosario, Zeus, 1997, pág. 25: «*El respeto al principio de congruencia reclama que exista identidad entre las cuestiones propuestas en juicio, los hechos alegados y las partes intervinientes por un lado y la resolución emitida por el tribunal por el otro*».

<sup>220</sup> Jorge W. PEYRANO, «El proceso civil. Principios y fundamentos», pág. 64.

<sup>221</sup> Augusto MORELLO y Gabriel STIGLITZ, ob. cit., pág. 371.

<sup>222</sup> Mabel DE LOS SANTOS, «Los valores en el proceso civil», J.A. 2000-I, pág. 757.

<sup>223</sup> Jairo PARRA QUIJANO, «El futuro del proceso civil», en Libro de Ponencias de las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 463. Igualmente, el muy distinguido civilista Moisset de Espanés estima que frente a determinadas situaciones, resulta procedente apartarse de aplicaciones excesivamente formalistas del principio de congruencia: «*Sabemos que hay fallos en los que predomina un criterio excesivamente*

remarcando que «*si la naturaleza del proceso lo permite y el asunto ha sido discutido por las partes, no hay ninguna razón para negar la pretensión en la sentencia con el argumento de que no se involucró oportunamente en la demanda o que la causa que se invocó no fue la que se probó a pesar de que haya mediado discusión sobre el tema. Este principio (el de congruencia) hay que ductilizarlo, claro que sin violar el derecho de contradicción: por ejemplo si alega la filiación extramatrimonial con sustento en las relaciones sexuales por la época de la concepción pero se prueba, inclusive por propia confesión del demandado, la posesión notoria del estado de hijo por el tiempo exigido por la ley, no hay razón válida de ningún tipo para negar la declaratoria con sustento en que esa causal no se alegó porque ello significa negar el derecho sustancial*»<sup>224</sup>. En parecido sentido, se ha expresado Mabel de los Santos<sup>225</sup>.

La calidad intrínseca de los derechos fundamentales que requieren ser protegidos mediante las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales, no se aviene a rigideces formales<sup>226</sup>. En cualquier supuesto lo que interesa es satisfacer el «resultado práctico» adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso<sup>227</sup> y no tanto

---

*formalista, e invocando el principio de congruencia sostienen, por ejemplo, que quien invocó el título de propietario no podrá ser indemnizado, aunque durante el transcurso del proceso invoque y pruebe la existencia de alguna de las otras relaciones a las cuales el Código concede acción, que es la corriente en la que se enrola el fallo que comentamos, como lo veremos luego al referirnos a los daños ocasionados a la lancha. Estimamos, sin embargo más correcto el criterio amplio porque, como bien dice Zavala de González, la equivocación o inexactitud del actor en la identificación jurídica de su relación con el bien debe ser suplida iura novit curia, ya que se trata de un problema de encuadramiento de ciertos hechos en el derecho» (LUIS MOISSET DE ESPANÉS, «Usuario. Daños. Legitimación activa», Zeus Córdoba, boletín del 24/12/02, pág. 1010).*

<sup>224</sup> *Ibíd.*, pág. 462.

<sup>225</sup> MABEL DE LOS SANTOS, *conf. ob. cit.*.

<sup>226</sup> AUGUSTO MORELLO, «Tutela procesal del derecho a la intimidad personal» *cit.*, pág. 776.

<sup>227</sup> JORGE W. PEYRANO, «La flexibilización del cumplimiento de la sentencia condenatoria pecuniaria», E.D., boletín del 12/5/03.

acceder a otorgar exactamente lo reclamado por aquél <sup>228</sup>. Existen ya en nuestro medio precedentes judiciales <sup>229</sup> en la materia, que han flexibilizado el principio de congruencia en supuestos de tutelas preventivas portadoras de tutelas especiales.

No se crea que se dan precedentes jurisprudenciales como el indicado sólo cuando se trata de preservar derechos como el de la preservación de la vida o de la salud. Es que los frecuentes remezones económicos sufridos por nuestro país han sido el caldo de cultivo de repetidos e insoslayables apartamientos de la congruencia. Así ocurrió en los tiempos hiperinflacionarios en que se otorgaban reajustes monetarios no postulados en la demanda <sup>230</sup>; así sucede hoy cuando plurales tribunales <sup>231</sup> ante cuyos estrados se ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la reciente legislación de emergencia económica y en vez de ella han procedido a reajustar oficiosamente la deuda aplicando el principio de la distribución del esfuerzo compartido <sup>232</sup>; vale decir adoptando una posición más o menos intermedia entre las posiciones extremas (valor de la divisa estadounidense: \$1 versus valor de la divisa norteamericana: el que tuviera en el mercado libre). Acerca del punto, se ha indicado que

---

<sup>228</sup> Así, en Brasil, y con referencia a la protección del consumidor y del medio ambiente, se admite el dictado de providencias «*que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento*». Sobre el particular, señala Luiz MARINONI (ob. cit. pág., 1134) que «se admite expresamente, así que el juez deje de atender al pedido formulado por el actor para determinar y emitir una providencia diversa, desde que mira a la tutela efectiva del derecho material. En este sentido, se posibilita al juez, en vez de ordenar so pena de multa la paralización de las actividades de una fábrica que está produciendo una polución al medio ambiente, ordenar la instalación de una tecnología capaz de evitar la continuación de la polución. Viceversa, y cuando no fuera suficiente el uso de tecnologías capaces de contener la polución, el juez puede determinar la paralización de las actividades, aun cuando ésta no haya sido pedida».

<sup>229</sup> Puede citarse el caso «Piu de Carolli», mencionado en nota 188.

<sup>230</sup> Gualberto SOSA, «El futuro del proceso civil», en Libro de Ponencias de las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 344 y ss..

<sup>231</sup> Así el pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Rosario dictado el 30/6/03, que se encuentra registrado bajo el N° 67 del Protocolo de Acuerdos de dicho tribunal y que fuera emitido en la causa «Máspero, Juan c/ Carlos González s. Ejecución hipotecaria».

<sup>232</sup> Jorge W. PEYRANO, «La pretensión distributiva del esfuerzo compartido. Análisis provisorio de aspectos procesales de la «pesificación», LexisNexis, J.A. 2002-I, pág. 1078 y ss..

«no puede soslayarse que en muchos casos en que el acreedor ha solicitado la inconstitucionalidad del Estatuto de emergencia, algunos tribunales han resuelto rechazar la declaración de inconstitucionalidad pero también reajustan oficiosamente la deuda. Podría argumentarse que tales decisiones afectan el principio de congruencia al resolver sobre aspectos que no han sido objeto de debate específico. Sin embargo y tal como lo he sostenido en publicaciones anteriores, en muchos casos es menester flexibilizar el principio de congruencia -vale decir, la necesaria correspondencia entre lo pretendido y lo resuelto- para resolver el conflicto en todos sus aspectos cumpliendo con los principios de la tutela efectiva y la economía procesal en tanto no se afecte la garantía de la defensa en juicio. A esos fines no puede soslayarse que en materia de inconstitucionalidad y reajuste, aun cuando no medie pretensión concreta sobre lo último, los temas se encuentran intrínsecamente vinculados, de manera que nada justifica limitarse a denegar la declaración de inconstitucionalidad y no resolver el ajuste cuando es precisamente la procedencia de la recomposición equitativa del contrato lo que da argumento al rechazo de la inconstitucionalidad»<sup>233</sup>.

Si bien desde siempre el proceso civil se ha caracterizado por una observancia bastante rígida del principio de congruencia, debemos señalar que no sucede lo mismo en el ámbito del proceso laboral, signado como está para servir de instrumento a un derecho procesal sustancial (el laboral) con características especiales como sus fuertes visos de irrenunciabilidad. Enseña Allocati lo siguiente: «Hemos dicho que las normas del derecho del trabajo son, en principio, de orden público y de ello emana su carácter de forzosas, imperativas e irrenunciables. Por consiguiente el juez no debe estar constreñido, como ocurre, en principio, en el proceso civil, a sentenciar conforme a las cifras del reclamo -«*intra petita*»-, sino que cabe autorizarlo a condenar al empleador acordando al trabajador mayores sumas que las reclamadas, ajustándose a las disposiciones legales aplicables -«*ultra petita*»-. Así, por ejemplo, si en la demanda de indemnización de accidentes del trabajo, dentro del régimen de la ley argentina 9688, el trabajador formula su pedido denun-

---

<sup>233</sup> Vide resolución del Juzgado en lo Civil N° 67 Capital Federal del 21/2/03, dictado en «Asociación de Señoras de San José c/ Fundación Siglo XX - Ejecutivo».

ciendo un salario inferior al percibido y estimando su incapacidad en menor grado del que realmente está afectado, cuando de las pruebas producidas resultan acreditadas esas circunstancias, el juez concederá la indemnización de acuerdo al mayor salario y a la superior incapacidad. La facultad concilia con la naturaleza de los derechos protegidos<sup>234</sup>. Eso sí, si bien los magistrados del fuero laboral pueden realizar pronunciamientos *ultra petita*, no pueden dictar sentencias *extra petita*.

### 8. *Algunas acciones preventivas reguladas legalmente*

Consignamos nuevamente que la doctrina autoral ha confeccionado un listado -creemos que no exhaustivo porque existen algunas otras hipótesis, tales como la citada acción por exoneración de la fianza- en supuestos de acciones preventivas que han merecido disciplina legal<sup>235</sup>. Sólo a título ilustrativo analizaremos algunos de los referidos supuestos más salientes.

#### A. *La «denuncia de daño temido»*

Siguiendo las aguas del art. 1172 Código Civil y Comercial italiano de 1942 -que fue imitado en el punto por otros varios cuerpos legales-, el ordenamiento jurídico argentino ha incorporado en el segundo párrafo del art. 2499 C.C.<sup>236</sup> y en el art. 623 bis C.P.C.C.N.<sup>237</sup> la denominada «denuncia de daño temido», que bien observada no es otra cosa que una acción preventiva.

---

<sup>234</sup> Amadeo ALLOCATI, *Tratado de derecho del trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1972, pág. 59.

<sup>235</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 430.

<sup>236</sup> Art. 2499, 2º párr. C.C. argentino: «... Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares».

<sup>237</sup> Art. 623 bis C.P.C.C.N. argentino: «Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo. Recibida la denuncia el juez se constituirá en el lugar y si comprobare

Se han interpretado los alcances de las susodichas disposiciones legales de una manera amplia en lo referido a la legitimación del actor, considerándose así amparados por igual a «quien tema un daño a sus bienes, siendo el concepto de «bienes» genérico -comprensivo y de todos los derechos de contenido patrimonial (art. 2312)-; podrían intentarla los titulares de derechos reales y aun personales que de cualquier forma se hallaren expuestos a sufrir un menoscabo en sus derechos si el daño llegara a concretarse<sup>238</sup>; estando incluidos los simples tenedores de cualquier clase<sup>239</sup>. Se ha dicho que se reconoce legitimación sustancial para demandar judicialmente al propietario de la cosa inmueble o mueble amenazada, al poseedor legítimo o ilegítimo, aunque fuera vicioso, al mero tenedor (art. 2649), al depositario, al locatario, y en general al titular de un derecho real o personal que resultare potencialmente susceptible de ser afectado<sup>240</sup>. Tan sólo la doctrina exige que la obra amenazante no esté terminada o por terminar<sup>241</sup>, porque en tal supuesto el camino sería otro. Interesa destacar que los comentaristas provenientes de la cantera del derecho civil han delimitado correctamente cuál es el «interés para obrar» que debe darse en la especie. Así, Borda exige *«que el accionante sufra un daño presente o futuro, eventual si es evidente que de la obra resultará un perjuicio para el accionante, como, por ejemplo, ocurriría si el vecino que está aguas arriba comienza la construc-*

---

la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido. La intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa determinará la clausura del procedimiento y el archivo del expediente. Las resoluciones que se dicten serán inapelables. En su caso, podrán imponerse sanciones conminatorias».

<sup>238</sup> Alberto BUERES y colaboradores, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5, pág. 285.

<sup>239</sup> Idem, pág. 286.

<sup>240</sup> Alicia BÁEZ DE FIGUEROLA, *Acciones posesorias y de despojo*, Santa Fe, Panamericana, 1996, pág. 76.

<sup>241</sup> Guillermo BORDA, *Derechos reales*, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1992, t. 1, pág. 196.

*ción de una represa destinada a desviar el curso de las aguas. Pero no basta un peligro meramente hipotético, no traducido en el comienzo de las obras»* <sup>242</sup>.

En cuanto a la legitimación pasiva, «*se encuentran comprendidos el propietario del fundo que amenazare el daño, el poseedor o quien haya asumido el deber de conservación, sea la relación de índole personal o real. Como dice Mariani de Vidal, podrían ser demandados quienes en caso de producirse el daño estarían obligados a su reparación según surge de los arts. 1113 y 1135 C.C., lo que incluye al guardián en el elenco»* <sup>243</sup>.

Cabe precisar que la doctrina autoral coincide en la necesidad de someter esta figura a un tratamiento de conocimiento abreviado <sup>244</sup>.

En cuanto a la sustancia de «*las oportunas medidas cautelares»* mencionadas por el art. 2499 C.C. (en el caso de que el daño sea inminente) y al contenido de la sentencia final (en el supuesto de que la pretensión prospere y el daño respectivo no sea inminente), debe destacarse que el órgano jurisdiccional podrá disponer entre otras cosas, la demolición del edificio, la destrucción o remoción de cualquier cosa que ponga en peligro los bienes del demandante, el apuntalamiento de un edificio ruinoso, en que se efectúen reparaciones <sup>245</sup>; debiendo tenerse presente que «*para el supuesto de renuencia del propietario vecino para la realización de tales tareas, la eventual víctima podría efectuarlas a costa de aquél previa autorización judicial»* <sup>246</sup>. Esta gama de posibilidades confirma que se está ante una acción de condena.

Una lectura armónica de la normativa argentina existente sobre el punto permite, creemos, afirmar que la «denuncia de daño temido» está sujeta a las siguientes pautas:

---

<sup>242</sup> *Ibíd*em, pág. 193.

<sup>243</sup> Edgardo SAUX, «La acción de daño temido como mecanismo preventivo de perjuicio todavía no causado», J.A. 1994-III-718.

<sup>244</sup> Alicia BÁEZ DE FIGUEROLA, ob. cit., pág. 83.

<sup>245</sup> *Ibíd*em.

<sup>246</sup> *Ídem*, pág. 80.



a) No se trata de una «denuncia» procesal <sup>247</sup> como reza el art. 2499 C.C., sino de una verdadera demanda que contiene una pretensión preventiva o acción preventiva <sup>248</sup>.

b) Pensamos -junto con la mayoría que se pronunció en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969)- que la acción del segundo párrafo del art. 2499 C.C. rebasa en parte el ámbito de la posesión, constituyendo una acción autónoma, independiente, de contenido patrimonial <sup>249</sup>.

c) Cuando el daño «denunciado» es inminente, puede el magistrado interviniente dictar una medida innovativa (v.gr., apuntalamiento de un edificio vecino) con sustancia de una sentencia anticipada <sup>250</sup> porque coincide en el caso el contenido de la cautelar con la materia sobre la cual versará la sentencia de mérito. En el supuesto de que el daño no sea inminente, se seguirá -por la vía sumarísima, por ejemplo- el correspondiente proceso de conocimiento de condena que culminará, verbigracia, con la orden de apuntalar una vivienda aledaña, todo de acuerdo con lo prescripto por el art. 623 bis C.P.C.N. <sup>251</sup>.

d) No se crea que, fatalmente, el objeto que suscita la acción preventiva debe ser vecino o contiguo al bien amenazado. Saux consigna: «... que el objeto sobre el que se requiere la medida no necesariamente debe ser lindero o estar contiguo al bien amenazado, ya que, para el caso, puede tratarse de una obra que obstruye el paso de una servidumbre, o la construcción de un elemento de «daño obje-

---

<sup>247</sup> Jorge W. PEYRANO, «La denuncia civil», en *El proceso atípico*, pág. 86 y ss..

<sup>248</sup> Omar BARBERO, «Inadmisibilidad del desistimiento en el proceso de inhabilitación» (excepto el caso de prodigalidad), L.L. 1980-D-67.

<sup>249</sup> Edgardo SAUX, ob. cit., pág. 717

<sup>250</sup> PEYRANO, «La palpitante actualidad en la medida cautelar innovativa» cit., pág. 317: «Cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito se genera una tutela «coincidente» en el sentido de que la prestación reclamada concuerda (en todo o en parte) con la que se reclama para que forme parte de la sentencia de mérito. Nada de ello ocurre con las cautelares ortodoxas donde lo concedido (embargo de bienes, por ej.) no concuerda con el contenido de la futura sentencia final condenatoria, por ejemplo, al pago de una suma de dinero».

<sup>251</sup> Conf. nota 236.

*tivo» respecto de bienes como la vida o la salud -caso de calderas, industrias contaminantes, etcétera»* <sup>252</sup>.

e) También se ha propuesto la hipótesis de que la amenaza proveniente del bien lindero no resida en su posible claudicación estructural sino en otra circunstancia que lo torne generador de posibles futuros perjuicios. Mosset Iturraspe, apunta en tal sentido *«el caso de la visita periódica de abejas a un edificio ruinoso vecino de uno de pertenencia del accionante»* <sup>253</sup>.

*B. Las acciones preventivas de los arts. 52 y 55 de la ley de defensa del consumidor y del usuario*

El art. 52 de la ley 24.240 establece: *«Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrá iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados»* y el art. 55 de la misma ley: *«Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58»*.

La inclusión del vocablo «amenazado» legitima la interpretación de que se ha consagrado en la materia una acción preventiva. Ya hemos tenido ocasión de subrayar dicha circunstancia expresando lo que sigue: *«Asimismo se observa que la LDC no sólo prevé la posibilidad de que consumidores y usuarios acudan a la instancia judicial al resultar afectados sus intereses, sino que, inclusive, ello puede ocurrir ante la sola «amenaza» de que pudiere llegar a suceder. Lo expresado surge de los arts. 52 y 55 de la LDC. Vale decir que se ha dado encarnadura legal expresa a la función judicial preventiva de da-*

---

<sup>252</sup> Edgardo SAUX, ob. cit., pág. 720.

<sup>253</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1973, t. 2, vol. B, pág. 121.

ños (en este caso, a los intereses de los consumidores), tan moderna y en boga»<sup>254</sup>. A igual conclusión ha llegado Saux<sup>255</sup>.

Quizás, por ejemplo, una cláusula contractual abusiva consistente en el pacto de que el atraso de una sola cuota de pago de la adquisición de un vehículo justifica su secuestro, podría dar pie, con el auxilio de las susodichas disposiciones legales, a una acción preventiva que podría promoverse aun antes de que el abuso convenido se concretara.

### C. El derecho a la intimidad

El art. 1071 bis C.C.<sup>256</sup> constituye la columna vertebral sobre la cual se edifica la protección del derecho a la intimidad. Ya hemos tenido ocasión de señalar que con su invocación puede postularse judicialmente, v.gr., una medida innovativa tendiente a impedir que se concrete una mácula al derecho a su intimidad el legitimado. A tal efecto, aportamos el ejemplo del hombre público sobre cuya vida privada, una publicación de «prensa amarilla» anuncia que va a comenzar a dar a conocer una serie de entregas con detalles escandalosos<sup>257</sup>.

En su mayoría, la civilística nacional actual le otorga un amplio margen de acción al citado art. 1071 bis C.C.. Así las cosas, no presenta reparos la idea de que la parte legitimada pueda limitarse a promover una acción preventiva (siguiendo con el ejemplo proporcionado, circunscribiéndose a procurar impedir la aparición de la serie de notas escandalosas) en vez de forzarlo a plantear una acción que no le interesa (la de daños y perjuicios, por ejemplo) para encaballar en ella la medida innovativa (que sí le interesa) del caso.

Cabe acotar que la variante en análisis, prueba que las acciones preventivas pueden también propender a evitar la consumación de perjuicios morales y no solamente crematísticos.

---

<sup>254</sup> Jorge W. PEYRANO, «Apostillas procesales sobre la ley de defensa del consumidor», J.A. 1994-IV-767.

<sup>255</sup> SAUX, ob. cit., pág. 710.

<sup>256</sup> Oportunamente, comentamos los curiosos vaivenes legislativos sufridos por el derecho a la intimidad en Argentina, en «Una revolución procesal inadvertida», en Revista de Estudios Procesales, N° 23, pág. 19.

<sup>257</sup> Jorge W. PEYRANO, «Medida cautelar innovativa», pág. 28.

## V. Colofón

Las líneas precedentes tienen por propósito poner sobre el tapete jurídico argentino una realidad (la acción preventiva) pletórica de promesas que todavía no ha terminado de incorporarse (a diferencia de lo que acontece en Brasil, por ejemplo) al imaginario procesal nacional.

Cuando se incorporó la acción meramente declarativa se la saludó con alborozo porque implicaba un giro copernicano a lo conocido hasta entonces. Con ella, se comenzó a privilegiar que el órgano jurisdiccional debía actuar «antes y no después», cuando hasta entonces los jueces sólo eran llamados a intervenir con posterioridad a haberse lesionado el orden jurídico.

Sospechamos que la incorporación de las acciones preventivas a las prácticas judiciales argentinas aun en supuestos no regulados expresamente por el legislador, generará que algún día el codificador de turno discipline el tema más orgánicamente y desde una perspectiva mejor y más científica que la de considerarlo mediante la previsión de hipótesis particulares. Hasta que ello ocurra, será la doctrina autoral la que tendrá «la palabra» en la especie, incumbiéndole la responsabilidad de diseñar alguna suerte de teoría general de la tutela preventiva.

Por supuesto que no pretendemos que la provisoria exposición que antecede pueda servir de esbozo de la teoría general en la materia que esperamos y ansiamos. Se tratan, insistimos, de unos apuntes provisorios que, necesariamente, serán objeto de modificaciones o rectificaciones en un futuro más o menos próximo. De todos modos, nos parecía impostergable concretar este aporte en pos de un más pronto desarrollo de la institución que aquí nos ha ocupado y de la tutela preventiva (o inhibitoria, como prefieran decir los civilistas) en general. Y si con la llegada de la acción mere declarativa muchos experimentaron alegría, creemos que la difusión de la acción preventiva suscitará mayor contento entre los propugnadores de un servicio de justicia verdaderamente eficiente. Es que la recién llegada es mucho más idónea (al culminar con una sentencia de condena) para llevar a cabo, con éxito, una necesaria función judicial profiláctica.

Todo está dado para que los magistrados civiles sumen a su perfil vindicativo un rol más humano. De ahora en más, no sólo sancionarán el ilícito sino que también deberán prevenirlo. Ojalá que estas reflexiones que ha compartido el lector, constituyan un punto de partida y no uno de llegada. Únicamente el debate crítico de una idea, posibilita su consolidación y desarrollo. La tribuna está abierta. Tendrá la palabra quien la tome.

## L'INFLUENZA DEGLI ITALIANI NELLA GENERAZIONE ARGENTINA DEL 1837

por OLSEN A. GHIRARDI \*

1. Il mio paese, oggi la Repubblica Argentina, formava parte del Vicereame del Río de la Plata, creato dalla corona spagnola nel 1776, e che cingeva allora, oltre all'Argentina, ciò che oggi sono l'Uruguay, il Paraguay, e una parte del sud della Bolivia. La capitale era la città di Buenos Aires.

La Rivoluzione del 25 Maggio 1810, é il punto di partenza dell'indipendenza nazionale, che venne dichiarata formalmente piú tardi, nel Congresso riunito a Tucumán, el 9 luglio 1816.

La Costituzione del 1853, il cui omaggio realizziamo al compiersi del suo secolo e mezzo, tardó approssimativamente quaranttré anni nello stabilirne la sua vigenza.

Cosa accade che produce un intervallo talmente pronunziato? E non é che non avessimo la coscienza della necesitá di disporre di una costituzione. Al contrario, il proprio Juan Batista Alberdi, il nostro celebre costituzionalista, a cui dobbiamo le *Basi per l'organizzazione politica della Repubblica Argentina*, ci diceva: «*Conservare la Costituzione*

---

\* Discorso pronunciato dal signor presidente dell'Accademia Nazionale del Diritto e Scienze Sociali di Cordoba (Repubblica Argentina), Prof. Dott. Olsen Antonio Ghirardi, nell'Universitá di Pisa (Italia), con motivo della presentazione del libro omaggio alla Costituzione Nazionale Argentina dell'anno 1853, nel suo secolo e mezzo di compimento. Universitá di Pisa, 9/10/03.

\* Discorso pronunciado en el acto de presentación del Libro Homenaje a la Constitución de 1853 en la Universidad de Pisa el 9 de octubre de 2003

*é il segreto di avere una costituzione. Ha dei difetti, é incompleta? Non rimpiazzatela per un'altra nuova. La novità della legge é una mancanza che non viene compensata da nessuna perfezione; poich  la novità esclude il rispetto e l'abitudine, e una legge senza queste basi é un pezzo di carta, un brano letterario».*

Per , la necessit  di rafforzare l'indipendenza, le guerre contro gli spanogli che si ostinavano nel non abbandonare il territorio, assorb  il principio quasi tutte le energie. Soltanto nel 1824 fu definitivamente sconfitto il potere spagnolo nella battaglia di Ayacucho. Ci  accadeva - superba coincidenza- nello stesso anno in cui si scatenava la battaglia di Missolonghi, con la quale la Grecia conteneva l'invasore turco.

Fu detto che la prima ora fu l'ora della spada e, dopo, quella del pensiero. Eppure, nonostante, le preoccupazioni finanziarie che la guerra causava, si manifest  fin da principio, un desiderio costante di organizzare il paese nell'aspetto político. Ci furono costituzione nel 1819 e nel 1826. Ci fu una presidenza, quella di Bernardino Rivadavia in questo stesso anno, che riusc  effimera. La guerra con l'Impero del Brasile e l'anarchia, che spadroneggiava nel paese, marcarono un periodo nefasto.   stato detto che le quattordici province governate dai caporioni locali, la mancanza di un governo generale per la Nazione, la questione Capitale e il tesoro della Nazione che si convert  in propriet  ed uso esclusivo della Provincia di Buenos Aires, logorarono una situazione política molto speciale, che si prolung  per anni.

**2.** In tutto quel tempo, e fino al 1852, il tiranno di Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, rappresentava tutte le provincie nella sua relazione con l'estero. Non pensava di dettare una costituzione e, con mano ferrea, conduceva una política che manteneva quella situazione indefinitamente.

Intanto, una generazione giovane, chiamata generazione del 1837, che si riteneva come succeditrice della generazione di maggio del 1810, che aveva lottato per l'indipendenza, prese l'iniziativa di pensare e di assumere con profonda coscienza la necessit  di organizzare la política del paese.

Il gruppo dei giovani, al principio Juan Bautista Alberdi, Juan Mar  Gutiérrez e Marcos Sastre, ai quali si un  posteriormente Esteban Echeverr , inaugur  nel mese di giugno del 37, ci  che chiamavano il Salone Letterario, per discutere temi di letteratura, per  che, a dire il vero, voleva forgiare le basi politiche del paese. Dobbiamo chiarire che i

giovani erano molto versati nella cultura francese e che, specialmente Alberdi, conoscevano i filosofi che si erano costituiti nella potenza del movimento rivoluzionario che nutrì i rivoluzionari della Francia. A Buenos Aires, specialmente dopo della rivoluzione di luglio del 1830 accaduta a Parigi, giungevano i libri francesi subito dopo essere editati, lo stesso le riviste. I giovani erano familiarizzati con il pensiero di Volney, Condorcet, Rousseau, Montesquieu, Saint-Simón, Cousin, Jouffroy, Herder, Leroux, Lamennais, tra altri.

Sappiamo con certezza che -almeno durante la prima sessione del Salone Letterario- due italiani si erano fatti presenti e che uno di loro aveva manifestato le sue opinioni. Bisogna chiarire che, come omaggio alla Nazione della quale sto parlando, farò un riferimento speciale ai pensatori di detta nazionalità.

Forse uno degli assistenti più illustrati era Pietro de Angelis. Questi era nato a Napoli. Si sa che, caduto Napoleone, si era trasferito a Parigi come componente della legazione diplomatica della sua patria. Collaborò nella *Biografia universale antica e moderna* (1822) e quattro anni dopo nella *Rivista Europea*. Entrambe le pubblicazioni furono nuovamente editate più tardi a Buenos Aires e a Montevideo.

Il filosofo ideologo francese, Destutt de Tracy, che aveva conosciuto in Francia a Bernardino Rivadavia, gli raccomandò a de Angelis come un uomo colto e profondo, in questo modo al raggiungere la Presidenza nel 1826, Rivadavia lo contrattò come redattore di un giornale. Nel mese di gennaio del 1827, Pietro de Angelis arrivò a Buenos Aires. Naturalmente, la rinuncia di Rivadavia alla presidenza, nello stesso anno, lasciò a de Angelis in una brutta situazione, e non tardò a mettere la sua penna, con posteriorità, al servizio del tiranno Rosas.

Pietro de Angelis, sebbene sistemato nel piano politico di fronte ai giovani della generazione del '37, spiegò -lo dice lo stesso Alberdi- la filosofia di Gianbattista Vico a Buenos Aires. I giovani del '37 erano avidi di sapere e non c'è dubbio che, almeno Juan Bautista Alberdi, aumentò il suo sapere teorico e filosofico in merito all'insegnamento del pensatore napoletano. Oltre alle idee del suo protettore, bisogna riconoscere che Pietro de Angelis, realizzò proficui lavori sulla storia antica e moderna delle Province del Río de la Plata.

L'altro assistente italiano, presenti anch'egli nell'inaugurazione del Salone Letterario, fu Gianbattista Cuneo. Abitava a Montevideo (Uruguay) ed era

un periodicista vigoroso. Candido Salvatore, autore dell'opera *Giuseppe Garibaldi nel Río de la Plata* (Valmartina, Editore in Firenze, 1972) sostiene che Cuneo collaborò nella spedizione che intentò Garibaldi nei monti di Rio Grande (Brasile) nella quale intervennero nove italiani e due maltesi e qualifica il suo agire come proprio di uno dei giornalisti piú battaglieri.

Si deve dire che Garibaldi aveva partecipato nel gennaio del 1836 nell'azione *mazziniana* e rivoluzionaria, che ebbe luogo nel Congresso di Rio de Janeiro della *Giovane Italia*. E, nello stesso anno, si cominciò a stampare il periodico *La Giovane Italia*, nella stessa città di Rio de Janeiro.

Salvatore ci spiega che Cuneo era diffonditore delle idee mazziniane nel Brasile ed era animatore dell'impresa corsara di Garibaldi nel 1837. In quell'anno, viaggiò a Montevideo e si mise in contatto con i fratelli Stefano e Paolo Antonini. Questi, assieme a Cuneo ed altri italiani, sarebbero piú tardi, i piú attivi sostenitori delle gesta garibaldine e della Legione Italiana di Montevideo.

Non bisogna ignorare, d'altra parte, che gli stati del nord italiano avevano rivolto la loro attenzione nel Plata. Nel caso del re di Sardegna, duca di Savoia e di Genova e Principe di Piemonte, che aveva designato a Marcello Pezzi, come Agente Consolare a Montevideo, circostanza che fu registrata nella Cancelleria delle Relazione Esterne di Montevideo il 9 ottobre 1834.

Non c'è nessun dubbio che i giovani del 37 furono influiti da questo contatto e che le idee che avrebbero sviluppate troveranno appoggio nella dottrina del pensiero democratico e repubblicano.

**3.** Il Salone Letterario ebbe una durata di pochi mesi poiché il tiranno Rosas ordinò la chiusura della librería di Marcos Sastre dove avevano luogo le riunioni letterarie e politiche. Evidentemente era trascorso che lí si dibattevano le basi per costituire la politica del paese.

I giovani non si dettero per vinti. Alla fine del 1837 fondarono un modesto periodico che denominarono *La Moda*. Il nome, a quanto pare, sarebbe stato preso da una rivista fondata con quel nome a Parigi, da Emile Girardin, nell'anno 1829. Il gruppo dei giovani era aumentato in modo considerevole e tutti scrissero le loro idee politiche nella rivista, mascherando il loro svolgimento con commenti in apparenza frivoli sulle mode e costumi maschili e femminili.

Peró leggendo e rileggendo con cura gli articoli, era possibile penetrare a fondo il pensiero politico, filosofico e sociale che, poco a poco avrebbe



gettato le basi della costituzione del 1853. Per esempio, si sostiene che la *missione dell'uomo* nella Terra é una missione sociale e non individuale; l'uomo non vive isolato, dunque in conseguenza, nella vita sociale ha una missione da compiere.

Lo stesso la donna, nel secolo del progresso nel quale vivevano i giovani (secolo XIX) non deve rimanere estatica; é destinata a raggiungere la sua vera condizione sociale, e la strada dell'istruzione é la buona strada della virtú e, perciò, per questa via avrebbe raggiunto l'altezza dell'uomo. Il destino della donna finirá di essere degradante e potrà unirsi all'uomo in un modo indissolubile in modo di essere ogni coniuge degno dell'altro. É un grave errore pensare che l'uomo é un essere superiore alla donna. Lei é una creatura piena di talento, oltre ad avere come attributi essenziali il buon gusto e la bellezza. E per ribadire le idee, i giovani dicevano al sesso femmili: «*Siete la metá esatta della nostra societá*».

Il quadro sociale si complementa con la critica ai giovani oziosi. Esprimono che l'impulso giovanile deve continuare la tradizioni di Maggio, coltivare le idee, le idee rivoluzionarie, quelle che sono cosí invincibili come la libertá e l'avvenire. E, al rispetto, citano un paragrafo di Madame de Staël, nel quale la scrittrice dice ai francesi: «*Siete un popolo e piangete! Siete giovani e amate il riposo. Potrebbe essere detto a noi con maggior giustizia; allora studiamo: discutiamo con sinceritá le opinioni filosofiche che diffonde la civiltá moderna e la Patria ci dovrá riconoscere la sua gloria. Non temiamo la sua ingratitudine. Essa ricompenserá con onore il sudore delle nostre fronti*».

Peró é nel numero sesto del periodico, del 23 dicembre 1837, e in altri che lo seguirono, dove appaiano le notizie riferite alla *Giovane Italia*, alla *Giovane Francia* e alla *Giovane Germania*. Quel movimento che rappresenta un atteggiamento ideologico proprio della gioventú, di stirpe democratica -secondo il sentire e il significato che il vocabolo aveva a quei tempi- e che perseguiva la creazione della nazionalitá, secondo i casi, ebbe una grande diffusione in tutto il mondo e, specialmente, tra i nostri giovani.

Che i giovani aderiscono alla democrazia, che amino la libertá e che manifestino che l'ugualianza, é al di fuori di ogni discussione. Alberdi, in un articolo esprime che «la legislazione, la moralitá, l'educazione, la scienza, l'arte, e la moda stessa, sono la democrazia. Questo «grande fatto americano», ha permesso a Tocqueville di rendere conto di «tutti i fenomeni sociali che presentano gli Stati Uniti di Nordamerica». Dopo

aggiunge: «La democrazia risalta lá tanto nelle vesti e nelle maniere come nella costituzione politica degli Stati». E si chiede: «Lei crede che la democrazia sia un modello ridicolo, vecchio, nel quale si puó mescolare tutto? É da 29 anni che ci proclamiamo democratici. E, a dire il vero, non abbiamo fatto dopo qualcosa che valesse la pena».

Se meditiamo nei riguardi di ciò che si rivela nelle parole e nello spirito dell' 'epoca, sebbene il senso etimologico del vocabolo democrazia significa il governo del popolo, avvertiamo che -nell' 'intelligenza dei giovani del 37- era la classe illustrata quella che doveva governare e dettare le leggi. Loro si definivano come giovani, rivoluzionari e progressisti; eppure, il popolo, inteso come una pluralità o l'insieme massivo di persone comuni e umili, non doveva eleggere direttamente i governanti né fare le leggi. Era la classe illustrata quella che doveva interpretare le sue vere necessità e procedere in conseguenza, la stessa che sceglieva i governanti e sanzionava le leggi.

In che consiste la differenza con i regimi monarchici e assolutisti? Precisamente, in che il popolo era tenuto in conto; si dovevano studiare le sue necessità e procedere a soddisfarle. Nei tempi preteriti, i governi assolutistici procedevano soltanto da una classe superiore (nobile), e governavano attendendo in primo luogo i loro interessi e prescindendo, in generale, delle genuine necessità del popolo.

L'uguaglianza si riferiva a che *tutti* dovevano essere ritenuti come cittadini, abitanti dello stesso paese, con i medesimi diritti. Ciò nonostante, non esisteva il suffragio universale, poiché gli analfabeti, le donne, gli indigenti, non erano considerati con la capacità sufficiente per esercitare gli stessi diritti. Si meritavano che gli interpreti si occupassero di esercitarli per loro. Il concetto di uguaglianza -per quell'epoca- era di uguaglianza relativa. Sebbene si fosse dato un gran passo, tuttavia la lotta sarebbe stata lunga e solamente -all'arrivare al ventesimo secolo- la situazione si sarebbe equilibrata.

Oltre a ritenersi democratici i componenti della generazione del 37, prediligevano alludere alle loro «abitudini e principi repubblicani». Così lo fa Vicente Fidel López e lo conferma con veemenza Juan Bautista Alberdi. Quest'ultimo si proclama «uomo de la repubblica», «un uomo così libero come la stessa libertà».

É noto che in Europa, fin del secolo XVIII si sosteneva l'idea del progresso. Condorcet, Herder, Jouffroy e Leroux, tanto per citare alcuni

pensatori, professavano un ottimismo a tutta prova e si manifestavano come solidi difensori dello spirito progressivo. Occorreva altrettanto con i giovani della generazione del 37. La lettura degli articoli della rivista pondera la stessa idea. Più precisamente, Condorcet aveva sostenuto l'idea del *progresso indefinito*. Pierre Leroux, da parte sua, prospettava una *perfettibilità indefinita*. E quel principio era condiviso da tutti i redattori.

Nel parlare dell'arte Alberdi manifesta che detto spigolo della cultura, come altri profili di essa, «dev'essere in uno strettissimo rapporto armonico con lo scopo della società» e questo scopo «è il progresso, lo sviluppo, l'emancipazione continua della società e dell'umanità». Riporta testualmente: «Così ci è accaduto con gli Schlegel, nella letteratura, uomini d'arte ma non di progresso e libertà; mentre abbiamo accordato in tutti i punti con il criterio di Fortoul, di Leroux, di Mazzini, nella letteratura come in tutto il resto, uomini più che d'arte, di progresso e libertà».

Dobbiamo riferire alcune parole di due influenze importanti: Saint Simon e Giuseppe Mazzini. Loro non accettavano la denominazione di saintsimoniani, però senza nessun dubbio seguivano da vicino la linea di Pierre Leroux, una delle tre correnti nelle quali si divisero nel 1832, dopo della morte di Saint-Simon nel 1825. Pierre Leroux rappresentava la linea che poneva l'accento nella sociabilità dell'uomo e si opponeva a qualsiasi individualismo. Ciò che era sociale aveva priorità sull'individuale e tutto quanto si riferiva alla *sociabilità dell'uomo* doveva essere approfondito. Nell'anno 1824 aveva fondato il periodico *Le Globe* -che, con il tempo, leggerebbero i giovani del 37- e, più tardi, si separa dagli altri saintsimoniani e abbraccia un atteggiamento repubblicano e cattolico. Abbiamo già detto che i giovani del 37 si proclamarono repubblicani definendosi come socialisti (alla maniera di Leroux), accettando la dottrina del progresso e della perfettibilità indefinita, attaccando all'ecclettico filosofo francese Victor Cousin, e aderirono con entusiasmo alla dottrina della *solidarietà umana*, nell'anelo che questa raggiunga tutta l'umanità e culmini in Dio. Per ultimo accettarono con enfasi la dottrina dell'*associazione*, a un punto tale che questa sarebbe stata la prima parola simbolica del *Dogma* o *Credo* che elaborerà Esteban Echeverría per la *Giovane Argentina*, della quale ne parleremo.

Riguardo a Mazzini, ricordiamo che aveva fondato la *Giovane Italia* a Marsiglia nel 1831 e si era proposto di costituire l'Italia come una nazione indipendente, libera e repubblicana. La sua base di azione era il popolo stesso. La *nuova associazione* doveva ispirarsi nei

principi repubblicani, per le seguenti ragioni: a) «tutti gli uomini di una nazione sono chiamati, per la legge di Dio e dell'umanità, ad essere uguali e fratelli»; b) «la istituzione repubblicana é l'unica che può assicurare questo proposito»; c) «l'associazione dev'essere democratica poiché l'esistenza di un re vizia l'uguaglianza dei cittadini e minaccia la libertà di un paese»; d) «la sovranità risiede no in un individuo bensí in tutto il popolo».

Nel suo numero 2, la giovanali rivista annuncia: «Novità intelligente. Ci é gradito presentare, i primi, al mondo americano, un nome giovane, già brillante di gloria: Mazzini: colosso di 30 anni, capo della giovane Europa, odio mortale dei re, le cui pagine sono fiamme sacre, e il cui spirito é un soffio di vita, é stato fatto oggetto dell'anatema dei despoti del vecchio mondo, poiché ha commesso il crimine di chiedere per via governamentale dell'Europa prossima a venire, la Repubblica rappresentante che oggi governa il mondo di Colombo».

Nella rivista della quale abbiamo parlato esiste, in generale, una enfatica adesione alla democrazia repubblicana; una ispirazione sociale, un fervente solidarismo sociale; un intimo e mistico sentimento di progresso sociale, di libertà e uguaglianza; una presa di coscienza dell'esistenza del popolo e delle sue necessità; e, ciò che é inoccultabile, una valorizzazione della donna e della sua presenza nella vita sociale.

In data 21 aprile 1838 appariva l'ultimo numero della rivista. Un autore prestigioso ci spiega che può congetturarsi per una annotazione di Pietro de Angelis che Juan Manuel de Rosas, il poderoso governatore di Buenos Aires, aveva disposto la chiusura di *La Moda*.

**4.** Che fece, allora, il gruppo dei giovani? Decise di rifugiarsi nella clandestinità e, con questo ottenne che nuovamente Esteban Echeverría si unisse a loro esercitando, senza dubbio, la direzione, data la sua maggiore età, la sua intelligenza -fu chiamato il fratello nell'intelligenza- e la sua esperienza di cinque anni di residenza in Europa.

Il Salone Letterario e la rivista *La Moda* proseguirono nella *Giovane Argentina*. Questa fu la nuova associazione che inoltre si denominò *Associazione di Maggio*, fedele ai principi con i quali si inaugurò la rivoluzione per l'indipendenza del paese.

Lí -nella clandestinità'- lesse Echeverría il suo *Credo* o *Parole Simboliche* o come sarebbe denominato piú tardi il *Dogma Socialista*.

Lí, giurarono trenta o trentacinque giovani. La *Associazione*, sempre dietro la proposta del presidente Echeverría, decise di designare una commissione integrata da lui stesso, Alberdi e Gutiérrez, per redigere una spiegazione «nel modo piú succinto e chiaro le parole simboliche». Però questi ultimi declinarono tale onore e delegarono il compito di farlo nel loro Presidente. Qui il poderoso trio rimane composto dallo stesso Echeverría, Alberdi e Gutiérrez, poiché Marcos Sastre passa a un secondo piano. Il nucleo resta consolidato, con un conduttore incontrastato e di lí sarebbe sorta la dichiarazione dei principi dell' *Associazione* della giovane generazione argentina.

L'apoteigma dei filosofi ideologi serví loro come guida: é necessario *pensare per l'azione*. Era indispensabile -oltre a spiegare i principi-applicarli o cercare con la luce del loro criterio la soluzione delle principali questioni pratiche che avvolgevano l'organizzazione futura del paese.

Per ultimo, alla dichiarazione dei principi doveva aggiungersi il programma di *azione* poiché «i principi sono sterili se non si piantano nel terreno della realtà, se non si radicano in essa, se non s'infondono, per cosí dire, nelle vene del corpo sociale». Queste sono le parole testuale di Esteban Echeverría.

Il disegno di quel *programma* -compilato dal suo presidente-conteneva le seguenti questioni:

Prima: discutere, separare e fissare la libertà di stampa.

Seconda: definire e fissare i limiti della sovranità del popolo.

Terza: stabilire l'essenza e le forme della democrazia rappresentativa.

Quarta: studiare i problemi economici, ossia l'utilità di un sistema bancario, le banconote, la crescita dell'industria e il credito pubblico.

Quinta: stabilire da che fonte debbono sorgere i redditi dello Stato (contributi fattibili, industria adeguata, sviluppo dell'industria agricola).

Sesta: studiare il sistema amministrativo (tenendo presente il vasto e spopolato territorio).

Settima: studiare il piano per l'organizzazione della campagna (regime municipale, autorità giudiziale, ecc.).

Ottava: ci dev'essere un Giudice di Polizia tra di noi? In questo caso quali dovrebbero essere le sue attribuzioni?

Nona: studiare l'organizzazione della milizia nazionale.

A queste debbono aggiungersi alcune questioni annesse ma non meno importanti, come per esempio, l'emigrazioni, analizzare lo spirito della stampa periodica, abbozzare la nostra storia militare e parlamentare, fare un esame critico di tutte le costituzioni e statuti, tanto provinciali come nazionali, studiare le caratteristiche che deve riunire «un grand'uomo».

I membri dell'*Associazione* presero una parte attiva nella redazione del testo definitivo. Si raccomandava -e questo si ripeteva fino alla noia- di non dimenticare il punto di vista pratico che insinuava ogni questione e, in modo di aver presente la tradizione e la realtà nazionale, si richiedeva una rassegna critica degli antecedenti storici che si relazionavano con essa.

Echeverría ricalcava che loro volevano «la democrazia -e lo scrive con maiuscole- come tradizione, come principio e come istituzione». Cercando di spiegare el significato del vocabolo con maggior precisione, ci dice che «la democrazia come tradizione é *Maggio, progresso continuo*; come principio é «la fraternità, l'uguaglianza e la libertà»; e come istituzione conservativa del principio é «il suffragio e la rappresentanza nel distretto municipale, nel dipartimento, nella provincia, nella repubblica». Inoltre, quella stessa democrazia doveva nutrire tutti i livelli: l'insegnamento, la famiglia, l'industria, la proprietà dei beni, la distribuzione e retribuzione del lavoro, il carico delle tasse, l'organizzazione della milizia nazionale, l'ingresso alle cariche pubbliche e, infine, tutto il movimento intellettuale, morale e materiale della società argentina.

Echeverría e i rimanenti giovani pensavano a un nuovo partito politico, più in là dell'unitarismo o del federalismo, partito che doveva includere tutto il popolo, *all'universalità degli abitanti del paese*, questo dal punto di vista sociale, però dal punto di vista politico, l'universalità dei cittadini.

Echeverría e i nostri erano indubbiamente molto influiti dai pensatori europei. Mazzini, con il modello delle associazioni di giovani era una guida sicura, però non si deve pensare che loro volevano fare una Europa in questa parte di America. Trascriviamo in forma testuale qualche riga di Echeverría: «Sarebbe buon ministro Guizot seduto nel forte di Buenos Aires, ne potrebbe Leroux con tutta la sua facoltà metafisica spiegare i nostri fenomeni? Non sarebbe assurdo che ognuno degli utopisti europei avesse un rappresentante tra di noi»? E, più avanti, afferma: «In quanto alle scienze speculative ed esatte, é indubitabile che dobbiamo attenerci al lavoro europeo, poiché non abbiamo tempo di speculare, né mezzi materiale di esperienza e osservazione della natura; *però nella politica,*

*no; il nostro mondo di osservazione e applicazione é qui, lo palpiamo, lo sentiamo palpitare, possiamo osservarlo, studiare il suo organismo e le sue condizioni di vita; e l'Europa puó aiutarci ben poco in quello». I giovani non hanno preconizzato una imitazione servile nell'ordine politico. Nell'ora e qui, era il proprio paese che dettava le norme. Questo é stato sempre il pensiero di Echeverría, quello di Alberdi e del resto degli altri membri. Ci sono prove conclusive in merito. Dal punto di vista politico, cosa divideva la società argentina? Ebbene, i partiti esistenti: l'unitario e il federale. E l'ombra di Rosas. Rosas al governo.*

I giovani preconizzavano un nuovo partito; un partito della giovane generazione che superasse gli antagonismi esistenti; antagonismi scritti con molto sangue e piú passione ancora. Lo dice anche Echeverría: «La logica della nostra storia, sta richiedendo di un nuovo partito, la cui missione é quella di adottare ciò che c'è di legittimo nell'uno e nell'altro partito, e consacrarsi a trovare la soluzione pacifica di tutti i nostri problemi sociali con la chiave di un'alta sintesi, piú nazionale e piú completa della sua che soddisfacendo tutte le necessità legittime le abbracci e le fonda in una unità. Questo nuovo partito non possono rappresentarlo altri che non siano della nuova generazione, e, nel nostro concetto con decisione e perseveranza nell'unica e gloriosa strada che gli segnali il tracciato stesso degli avvenimenti della nostra storia».

**5.** Conclusa la redazione del *Credo o Codice o dichiarazione dei principi che costituiscono la credenza sociale della Repubblica Argentina*, il testo fu giurato in una maniera solenne l'8 luglio 1838. Però l'inverno di quell'anno, di fronte alla grave situazione, in quel periodo della tirannia di Rosas, molti giovani decisero di emigrare.

Alberdi lo fece il 23 novembre 1838 e si stabilí a Montevideo. Lì assunse di fatto, e con la compiacenza di altri membri, la direzione del movimento, giacché Echeverría si ritardava nell'esilio. Fu Alberdi chi pubblicó il Credo con il nome di *Dogma Socialista* il primo gennaio 1839 ed é lui chi scrive «la parola simbolica finale», che si relaziona con le forme di governo unitaria e federale. Elogia una fusione dottrinale, politica e sociale, avvertendo che «si é dovuto cambiare di penna per redigere con prontezza ciò che é stato meditato con calma: da qui, in questo paragrafo, la mancanza di unità e stile». É il commiato delle grandi fazioni del passato. E, con il metodo che adotterà quando scriva i suoi allegati, fa

un chiarissimo riassunto dei principi -quasi un quadro sinottico- che sostengono i due vecchi partiti.

La pubblicazione era stata fatta in un nuovo periodico, fondato dal suo grande amico Miguel Cané e dall'uruguayano Andrés Lamas, chiamato *El Iniciador*. Uno dei grandi collaboratori, fu l'italiano Gianbattista Cúneo, e, come curiosità e come prova della sua influenza, ogni esemplare aveva come apotegma stampato la seguente espressione scritta in lingua italiana: «BISOGNA RIPORSI IN VIA». Con questo si voleva esprimere che i giovani seguivano con il loro anelo indefettibile di costituire il paese e che non avrebbero dovuto scoraggiarsi di fronte a qualsiasi ostacolo. (Come digressione debbo dire che mi sento orgoglioso di essere il felice possessore di uno dei quaranta esemplari dell'edizione di tutti i periodici di *El Iniciador*, che ebbe una breve vita).

Voglio anche dire che, nel suddetto periodico si faceva riferimento al movimento letterario romantico italiano e che, fra gli altri, si pubblicarono studi che riguardavano Manzoni e la sua opera *I promessi sposi*.

Le associazioni si moltiplicarono in entrambe sponde del Plata, anche se l'ombra di Rosas continuava ad imporre una parentesi alle attività che non desistevano *dall'impegno di organizzare e costituire il paese*.

Siamo convinti che il nucleo fondamentale dei principi, accettati dai giovani, incluso il proprio *Credo*, furono la *base* delle *Basi*, che Alberdi avrebbe scritto, dopo della caduta di Rosas, emigrato in Cile, nell'anno 1852, e che sarebbe il principio fondamentale della Costituzione del 1853, del quale commemoriamo il secolo e mezzo. Lo ripetiamo: quell'enorme ricchezza di conoscenze e di convinzioni, gestita, ammassata e ordinata nella decada degli anni trenta e quaranta del secolo XIX fu una venerazione politica di gran rilievo.

Alberdi conserverebbe nella sua memoria e nei suoi archivi quel prezioso materiale. Per quello, non é da stupire che scrivesse le *Basi per l'organizzazione politica della Repubblica Argentina*, in meno di tre mesi, senza che questo tolga merito a tale ponderabile opera, realizzata da una persona ordinata e intelligente.

Alberdi esercitò la sua professione di avvocato a Montevideo, con molto successo, scrisse articoli periodistici e lottò in modo permanente con le sue accese parole per organizzare i popoli del sud dell'America del Sud. Nel 1843 viaggiò all'Europa con Gutiérrez. Frutto di quel viaggio sarà il suo libro *Venti giorni a Genova*, una schietta sintesi dell'organizzazione giudiziaria, che poté rilevare.



Lettore infaticabile, coltivó il tema storico e fu un profondo conoscitore della cultura e storia inglese, lo stesso della francese, oltre a seguire ben da vicino l'origine e l'evoluzione delle istituzioni degli Stati Uniti. Lesse attentamente a Tocqueville, che non era potuto arrivare alle sue mani quando scrisse la prima opera della Filosofia del Diritto prodotta in America nell'anno 1837, quando non aveva ancora compiuto i 27 anni.

Si superó nell'interpretazione di Joseph Story, il famoso commentatore della Costituzione Nordamericana e approfondí lo studio del *Federalista* di Hamilton, Madison e Jay. Per il resto, ebbe tempo di riunire sul suo tavolo la Costituzione degli Stati Uniti e di quasi tutti i paesi latinoamericani per studiarle, confrontarle e trarre un profitto da quelle esperienze.

Per noi nessuno si trovava in migliori condizioni e meglio preparato di Alberdi per il lavoro di redigere un progetto di Costituzione, come quello che fece conoscere nella seconda edizione delle *Basi* dell'anno 1852. Determinó ogni articolo, ogni norma, per coloro che dovrebbero interpretare il testo con posterioritá. Aveva la prestanza e lo stile adeguato -oltre all'esperienza- per essere un buon redattore delle norme costituzionali.

Avvenuta la battaglia di Caseros e debellato Rosas, il 31 maggio 1852, le provincie argentine firmarono l'accordo di San Nicolás, e, per detto accordo, scelsero due deputati ciascuna di esse affinché si trovassero nel Congresso di Santa Fe, nel mese di agosto dello stesso anno. Alberdi era sempre in esilio nel Cile. Echeverría era deceduto. Però fu Juan María Gutiérrez, che portó la voce della generazione del '37 di quel Congresso. La *Joven Argentina* si trovó, allora, presente in quel Congresso, essendo Juan María Gutiérrez un fedele portavoce. Secondo alcuni storici, nel messaggio da lui scritto -ora non cosí giovane (aveva quarantaquattro anni)- rimaneva dimostrato che lí si trovava l'eco della *Joven Asociación de Mayo*, il suo *Credo* e il suo *Dogma*.

Il primo maggio del 1853 la Costituzione veniva approvata. Il paese, finalmente, aveva la cornice delle sue istituzioni fondamentali.

**6.** Oltre all'influenza di Mazzini -esperienza indubitabile, almeno, in quanto all'organizzazione delle associazioni dei giovani e dei principi democratici e repubblicani- ci furono altre influenze italiane, che per il fatto di trovarci noi in Italia, vogliamo risaltare.

La Costituzione fu chiamata *Constitución de la Confederación Argentina* e l'articolo primo diceva testualmente: «La Nazione Argentina

adotta per il suo governo la forma rappresentativa repubblicana federale, secondo quanto stabilisce la presente Costituzione». D'altra parte, le autorità della Confederazione rimanevano costituite dal Potere Legislativo (con due Camere, quella dei Deputati e quella dei Senatori), il Potere Esecutivo e il Potere Giudiziale.

Si è molto discusso nel paese se doveva prevalere una organizzazione unitaria o federale. Però le parole non sempre avevano un significato univoco. Per esempio il governo del tiranno Rosas aveva come divisa, tra i suoi accoliti, quella di «Viva la Santa Federazione»; nonostante questo, il loro federalismo non era praticato in un modo ortodosso.

Con rispetto al termine «Confederazione» nel testo della Costituzione approvata, troviamo la dura critica di Domingo Faustino Sarmiento. Si usava anche, a volte, la parola «Federazione» come se fosse un sinonimo. Quando Alberdi scrisse i suoi commenti alla costituzione approvata, sostenne un celebre dibattito con Sarmiento riguardo al senso dei vocaboli nella Costituzione Nordamericana e in quella Argentina.

Però, vogliamo risaltare, fondamentale, i richiami -qualche volta moltiplicati- che il nostro costituzionalista Juan Bautista Alberdi fa nei riguardi di Pellegrino Rossi, Juan Carlos Leonardo Sismondi e Gaetano Filangieri.

Alberdi, nel suo primo viaggio, entrò in Europa per il porto di Genova e nel 1843 (probabilmente in agosto) si trovò a Parigi. Per quanto ne sappiamo, Pellegrino Rossi -certamente voi lo sapete meglio di me- ai quindici anni si trovò a Pisa studiando il Diritto e dopo si spostò a Bologna, dove ottenne il grado di dottore nel 1806. Viaggiò alla Francia e alla Svizzera. Come maestro che fu insisté nella restaurazione della scienza per lo spirito storico e filosofico, il che fece anche il nostro Alberdi. Però Pellegrino Rossi cercò di affermare il regime costituzionale per una teoria che in Europa cominciava ad essere chiamata *la dottrina*.

Nel 1832 si stabilí a Parigi, nel 1834 fu nominato cattedratico del Diritto costituzionale della Facoltà di Diritto di Parigi e nel 1843 -anno in cui Alberdi si trovava a Parigi - fu nominato Decano di detta Facoltà. Trale sue numerose opere troviamo un Trattato di Diritto Costituzionale francese.

Alberdi conobbe la dottrina di Rossi, poiché sostiene che questi approva un federalismo di equilibrio fra unità e decentramento, e un federalismo di transizione che avanza verso l'unità. Nelle *Basi* scrive: «L'unità non é il punto di partenza, é il punto finale dei governi; la storia lo dice, e la ragione lo dimostra». Più avanti troviamo un altro paragrafo

dove afferma: «Al contrario ogni federazione -diceva Rossi- é uno stato intermedio tra l'indipendenza assoluta di molte individualit  e la loro completa fusione in una sola, stessa sovranit ». Si dice anche nel lavoro di Rossi, *Progetto di acta federale per la Svizzera*, trova Alberdi idee riguardo alla realizzazione costituzionale dell'unit  federativa argentina. Si deve annotare che Rossi fond  con Sismondi gli *Annali di Legislazione e di Economia Politica*. Sebbene   certo que in Argentina era stato creata una cattedra di Economía Politica, non dev'essere dimenticato che Alberdi fu anche uno studioso dei problemi economici poich  non poteva ignorare che uno Stato deve sostenersi con risorse e redditi, come resta in chiaro quando scrive il suo *Sistema redditizio*.

Per chi voglia studiare con una maggiore diligenza l'influenza di Rossi su di Alberdi, si pu  leggere l'opera di Marcello Urbano Salerno nella quale si analizzano le *Basi* alla luce delle idee del celebre uomo politico italiano.

In relazione con le idee di Juan Carlos Leonardo Sismondi, possiamo ricordare che, secondo alcuni autori, la sua famiglia esercit  una certa influenza nella storia di Pisa. Studi  la costituzione dei popoli liberi e s'interess  per le idee liberali, che compartiva, e fu un entusiasta della causa dell'Italia, Grecia e l'America spagnola. Fu un grande amante della libert  come repubblicano, idea professata anche da Alberdi e i giovani argentini della generazione del 1837. La produzione di Sismondi fu di una straordinaria ricchezza e, fra i diversi temi che tratt , risaltano i suoi studi sull'Economia Politica

Alberdi avrebbe fatto conoscenza delle idee di Sismondi, fin dall'epoca del suo esilio di Montevideo. Negli *Scritti Postumi* di Alberdi ci troviamo con citazioni di questo autore, specialmente quando si riferisce ai pubbliciti che si occupano delle dottrine costitutive delle nazioni.

E, per ultimo, Alberdi conosceva anche le idee di Gaetano Filangieri, che era nato a Napoli nel 1782. Questo pensatore, che mori molto giovane, pubblic  la *Scienza della Legislazione*, che ebbe cinque edizioni. Per  forse ci  che poteva interessare di pi  ad Alberdi e ai giovani della generazione del 1837   il loro pensiero riguardo alla necessit  di una scienza sociale. A dire il vero, si ritiene che   il fondatore di essa, e dei principi che enuncia e filosofa in relazione alla bont  delle leggi. Non si limitano soltanto a questi problemi le elucubrazioni di Filangieri; espone anche le sue idee riguardo all'educazione, ai costumi, all'istruzione pubblica e all'Economia Politica, tutti temi che interessavano ai giovani argentini.

7. Come riassunto finale possiamo asserire che é esistita una considerevole influenza del pensiero italiano nella giovane generazione del 37.

Alberdi conosceva il pensiero di Vico, poiché era un attento lettore di tutto ciò che tratta della filosofia della storia e dell'evoluzione dell'umanità. La presenza di Pietro de Angelis nel Plata, senza alcun dubbio, intensificó l'interesse dei giovani con rispetto alle idee di Vico, che tanto precedette alla sua epoca.

Come abbiamo fatto notare il lavoro del periodicista Gianbattista Cúneo contribuí ad aumentare l'interesse per le idee di Giuseppe Mazzini. Sebbene é certo che le idee della democrazia, di una repubblica rappresentativa federale, si trovava nella generazione di Maggio, che fece la rivoluzione, il pensiero mazziniano era presente in Alberdi, Echeverría e Gutiérrez, cosí come la coscienza dell'importanza della generazione nuova e giovane per risolvere i problemi politici e produrre associazioni come quella della *Giovane Italia*.

In quanto a Pellegrino Rossi, si é dimostrato con forti fondamenti la sua influenza su di Alberdi quando questi intraprese il compito di scrivere le *Basi* e di redigere il progetto costituzionale, che sarebbe servito come una inapprezzabile colonna per la Costituzione del 1853.

I temi di Economia Politica e il fianco sociale dei problema politici trovarono ugualmente piú argomenti per sostenere le idee giovani con la lettura di Sismondi e Filangieri.

Per tutto questo, il mio paese é consapevole dell'importanza che il pensiero italiano ha avuto fin dagli albori della sua costituzione come nazione indipendente.

Tante grazie.

## AGRICULTURA Y DERECHO AGRARIO

por LUIS E. MARTÍNEZ GOLLETTI \*

### I

Este trabajo examina la relación que pueda existir entre la agricultura y el derecho agrario.

La primera es contemporánea a la aparición del hombre sobre la tierra. La determinación del momento en que esto sucedió es materia propia de la paleontología. Refiriéndose a ello, una nota periodística firmada por Nora Bär publicada en *La Nación* del 16 de junio de 2003, cuenta que el 16 de noviembre de 1997 fueron descubiertos en Afar, Etiopía, los restos humanos fosilizados más antiguos de los cuales se tenga noticia. Se trata de los correspondientes a tres sujetos que habitaron la depresión de Afar hace la friolera de 160.000 años.

Alguien muy bien puede pensar que datos como el anterior no se corresponden con los resultantes de las Sagradas Escrituras relativos al momento de la creación del hombre. Con relación a este asunto, creemos que la cuestión puede resolverse apelando a las palabras de S.S. León XIII escritas en su encíclica *Providentissimus Deus*, recordada en los comentarios previos a la versión de la Biblia escrita por monseñor Juan Straubinger (Chicago, 1958): «*seguramente no puede haber ningún desacuerdo entre Teología y Física como ambas se mantengan en*

---

\* Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto Argentino de Derecho Agrario. Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Agrario internacional y comparado de Florencia.

*sus límites (...) porque ninguna de aquellas maneras de hablar de que solía servirse el lenguaje humano entre los antiguos, particularmente entre los orientales, para expresar sus ideas, es ajena a las Sagradas Escrituras». Y si a ello agregamos que la Biblia es la Palabra de Dios y, por lo tanto, no puede contener errores, que su edición Vulgata, usada por el mencionado prelado, ha sido declarada auténtica por el Concilio de Trento de 1545 y que, como dice Straubinger, la intención de Dios al haber inspirado la Biblia es hacernos cristianos y no hombres de ciencia -«no he trabajado para científicos ni eruditos, sino para cristianos creyentes, piadosos», dice otro comentarista, el profesor de Sagrada Escritura, Fr. Serafín de Ausejo en la edición de editorial Herder, Barcelona, 1969- nuestra opción para este trabajo es tomar el relato que hace la Biblia acerca de la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, sin atender al momento de tal acontecimiento y sin perder de vista, tampoco, que se trata de la historia de Israel, el pueblo elegido por Dios. Y así lo haremos, teniendo en cuenta como argumento decisivo que mientras la Biblia contiene la Palabra de Dios, la paleontología se encuentra teñida de incertezas. Sirvan de ejemplo de esto último los fantasiosos relatos contenidos en el libro de Piero y Alberto Angela <sup>1</sup>.*

## II

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la voz «agricultura» significa «labranza y cultivo de la tierra», o «arte de cultivar la tierra».

Ese fue el primer mandato que Dios dirigió al hombre apenas creado: «... Tomó, pues, Yahvé Dios al hombre y lo llevó al jardín del Edén, para que lo labrara y lo cuidase» (Gén. 2, 15). Y luego de haber incurrido nuestros primeros padres Adán y Eva en el pecado original, ambos recibieron del Creador sus respectivos castigos. Al hombre le dijo: «... será maldita la tierra por tu causa y con doloroso 'trabajo' te alimentarás de ella todos los días de tu vida» (Gén. 3.17).

---

<sup>1</sup> Piero y Alberto ANGELA, *La extraordinaria historia de la vida*, Grijalbo, Barcelona, 1999.

Con Adán nació, pues, la agricultura. Deseamos señalar que esta expresión, en sentido genérico, comprende tanto el cultivo de especies vegetales propiamente dichas como la silvicultura, que es un capítulo especial de la primera, y la ganadería. Un neologismo que el hombre prehistórico seguramente aprovechó, el «extrativismo», es decir, la simple recolección o aprovechamiento de productos del reino vegetal o animal en cuya creación no haya intervenido la mano del hombre, es considerada una actividad agraria; pero que este mero aprovechamiento de lo que la naturaleza brinda sin el concurso del hombre -salvo en la legislación brasileña que en cierto modo lo incluye como actividad agrícola en el «Estatuto da terra», cuando éste habla de «industrias 'extractivas' vegetales o animales»- lo sea, es cuestión harto discutible<sup>2</sup>, toda vez que la agricultura, por definición, es «actividad humana productiva». Quien se interese por el tema podrá leer con provecho el trabajo «Extrativismo y actividad agraria», del prof. Fernando P. Brebbia<sup>3</sup>.

Hay que advertir, al mismo tiempo, que la agricultura es una praxis consistente en el cultivo de la tierra -el Génesis, al decir en 1,15 «para que la labrase» se está refiriendo precisamente a ella-. La actividad que la agricultura genera debe ser necesariamente una actividad productiva cuyo objeto es la tierra.

Pero más allá de la relación existente entre la tierra y la agricultura, que pone en el centro de la cuestión el laboreo de la tierra, no importa que no sea rural -donde no haya tierra no hay agricultura, dice Ballarín Marcial<sup>4</sup>- hay otro aspecto que tiene que ver con su objeto. Es el relativo a que lo que el suelo produce mediante el ejercicio de la agricultura es el resultado de un proceso biológico que se encuentra ínsito en toda la producción agropecuaria. Así mirada la cuestión, Ballarín Marcial define la actividad agrícola del siguiente modo: «*La dirigida a obtener productos del suelo mediante la transformación o aprovechamiento de sus*

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Alberto BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, 2ª ed., Madrid, 1978, pág. 512.

<sup>3</sup> Publicado en *Anales* del año 2000 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XLI, pág. 157.

<sup>4</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., pág. 487.

*sustancias físico-químicas en organismos vivos de plantas o animales, controlados por el agricultor en su génesis y crecimiento».*

Con base en esto, autores como Alfredo Massart<sup>5</sup> han llegado a decir que lo que se cultiva no es el fundo sino la planta; de donde resulta que es esta última y no el fundo el objeto de la actividad: el segundo no es otra cosa que un medio para el cultivo; a lo cual agrega este autor, que «*la presencia del fundo, en el sentido tradicional, no es condición necesaria y suficiente de la agrariedad, y la agricultura no puede reducirse sólo al cultivo del fundo*»: lo que imprime carácter a la actividad agrícola es el «ciclo biológico» y su condición de ser actividad productiva.

El olvido de lo anterior ha llevado a poner en tela de juicio como actividad agrícola los cultivos agropónicos, la cría de animales en establos, la avicultura a gran escala en galpones o cobertizos, la cunicultura, la apicultura, del modo que esta última se realiza hoy, desconectada de una finca rural, con camiones que van transportando de un lugar a otro las colmenas -cuestión que es distinta al colmenar puesto como actividad accesoria de una explotación agraria determinada-, la jardinería, actividad de carácter recreativo no productivo distinta de la floricultura, que es actividad productiva; así como el aprovechamiento de pastos naturales sin el concurso de la mano del hombre (el extrativismo ya mencionado) y otras por el estilo. Lo que sí resulta imprescindible para que exista «agricultura» es la mano y la voluntad del hombre.

El examen pormenorizado de esta cuestión excedería los propósitos de este trabajo, por lo que nos eximimos de ocuparnos de ella considerando que a los fines de este estudio nos es suficiente quedarnos con el sentido que a la voz «agricultura» le da el diccionario.

### III

Aquella primera actividad desarrollada por el hombre, labrando la tierra «de donde había sido tomado» para alimentarse de ella «con doloroso trabajo» (Gén. 3, 17 y 23), no es un concepto jurídico sino científico-

---

<sup>5</sup> Alfredo MASSART, *Síntesis de derecho agrario*, San José de Costa Rica, 1991, pág. 35.



técnico y pre-jurídico, como dice con acierto Alfredo Massart <sup>6</sup>. Por esa razón, agrega, la «agricultura» no puede encontrar la explicación de su esencia en el derecho positivo o en la ciencia jurídica.

Es que, inicialmente, la agricultura no fue otra cosa que «*un hecho agrario [que] comportó una inicial forma de vida y alimentación*» <sup>7</sup>.

Pero, cuando el hombre, ser gregario por naturaleza, pasa a vivir en comunidad y, consecuentemente, surge la distinción entre «lo mío y lo tuyo» -recuérdese el episodio de Caín y Abel y sus respectivas ofrendas a Yahvé (Gén. 4, 2 a 5)-, aquel hecho agrario se transforma en un «hecho jurídico» en la misma medida en que adquiere el carácter de acontecimiento susceptible de producir la adquisición de derechos y obligaciones. Ni más ni menos que la definición del art. 896 C.C..

En una tercera etapa, cuando esos hechos jurídicos comienzan a ser materia de negociación entre dos o más personas, toman carácter de «actos jurídicos», pues les cabe el art. 944 de nuestro Código.

Obviamente, si la cuestión materia del acto jurídico de que se trata es de carácter agrario, será un acto jurídico «agrario». Según el profesor español Juan José Sanz Jarque <sup>8</sup>, estos actos agrarios se componen de dos elementos: el «agricultor», que es la persona humana o jurídica que se dedica al cultivo del suelo; y la «actividad agraria» en cuanto ejercicio de una tarea agraria. Como él mismo dice, «*la materia agraria, en su aspecto jurídico, tiene carácter sustantivo propio, siendo ella sumamente extensa*» por cuanto a veces incluye actividades verdaderamente agrarias y otras, actos que si bien no son específicamente tales tienen, sin embargo, relación con otros que sí lo son. Es el caso de las actividades agrarias «conexas», llamadas también «mixtas» <sup>9</sup>, cuya inclusión como actos agrarios constituye en sí misma todo un problema que ha estudiado en detalle el citado profesor español: decir que producir aceite de oliva es un acto agrario puede parecer, en principio, anómalo; pero no es así.

---

<sup>6</sup> Alfredo MASSART, ob. cit., pág. 11.

<sup>7</sup> Luis Martín BALLESTERO HERNÁNDEZ, *Derecho agrario. Estudios para una Introducción*, Zaragoza, 1990, pág. 11.

<sup>8</sup> Juan José SANZ JARQUE, *Derecho agrario general, autonómico y comunitario*, Madrid, Reus Editores, 1985, pág. 29.

<sup>9</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., pág. 516

De este modo, han sido consideradas como actividades agrarias, por ejemplo, la transformación y enajenación de productos agrícolas cuando sean actividad normal del agricultor, las llamadas actividades conexas, las que ordinariamente practica el agricultor en su condición de empresario agrario, por ejemplo, vender los frutos de sus cosechas y ganados (art. 462 inc. 3, *a contrario*, del Código de Comercio argentino y 326.1º del español), las que se encuentren en relación con una empresa agraria, como el viñatero que transforma en vino su cosecha de uva, etcétera. Ballarín Marcial, en la obra que de él citamos, hace un desarrollo exhaustivo de la cuestión, a la que nos remitimos, por razones de brevedad. En ese sentido, para considerar una actividad determinada como conexa a una actividad agraria, el distinguido profesor español propone una pauta que estimamos acertada por su carácter formulario: se debe verificar si éstas son actividades integradas desde el punto de vista de la empresa agraria, es decir, dentro de la actividad agraria de la empresa. En el mismo sentido se expide Antonio D. Soldevilla y Villar<sup>10</sup>. No es otro el concepto que recoge el art. 2135 del Código Civil italiano luego de su reforma por el decreto legislativo del 18 de mayo de 2001: para que una determinada actividad pueda considerarse «conexa» a una actividad agraria, la primera debe entrar «en el ejercicio normal de la agricultura».

Sin embargo, y ésta es una excepción confirmatoria de la regla, el ejercicio de la actividad agraria, además de las actividades conexas, incluye como hecho agrario la «no actividad», cuando ella está en relación con la primera. Estamos pensando en las reflexiones de Ballesteros Hernández y su libro ya citado referidas a las tierras dejadas ex profeso yermas para mejorar la productividad de las restantes. Estamos pensando en Alberto Ballarín Marcial y su propuesta de abandono de tierras menos fértiles «*para formar con ellas reservas de espacio y de oxígeno que aseguren las condiciones de reproducción física que exige la colectividad*»<sup>11</sup>. La conexidad se produciría aquí entre la no actividad y el propósito agrícola que la inspira.

---

<sup>10</sup> Antonio D. SOLDEVILLA Y VILLAR, *La empresa agraria*, Valladolid, 1982, pág. 113.

<sup>11</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., pág. 440.

#### IV

Echemos ahora una mirada al derecho agrario.

La «Ley agraria», nombre con el que se conoció inicialmente el derecho agrario, es una rama desprendida del derecho civil que hizo su aparición en las postrimerías del siglo XVIII, sin que en ese momento se le prestara mayor atención como nueva rama de derecho pues estaba más relacionada con la actividad económica productiva y el ejercicio del derecho de propiedad que con la agricultura.

Es bastante después que cobra importancia como derecho especial, sobre todo a partir de los congresos de derecho agrario celebrados en París (1900) y La Haya (1937), habiendo alcanzado su pico más alto con la reforma del Código Civil italiano operada en 1942, cuando hacen su aparición las figuras de la empresa agraria y del empresario agrario (Tít. II Cap. II -De la empresa agrícola- art. 2135 del mencionado Código).

Esta nueva rama se particulariza por su fuerte carácter interdisciplinario y pluralista, en la que concurren elementos propios del derecho común y del derecho especial agrario, como sucede cuando llama así al derecho comercial (caso del agroturismo) o al laboral (el régimen nacional del trabajo agrario), o al derecho industrial (la agroindustria).

Con su cuna, el derecho civil, la relación es aún más estrecha, como se advierte cuando los códigos civiles se ocupan de cuestiones agrarias, como el derecho real de superficie forestal incorporado al art. 2503 del nuestro por la ley 25.509, o las disposiciones de este mismo Código en materia de locación (art. 1506 y nota al 2503, entre otras); o cuando los vacíos legislativos de los ordenamientos agrarios son llenados con el derecho civil como ley supletoria (véanse las leyes de arrendamientos rurales y aparcerías 13.246 modificada por la ley 22.298, art. 41, y de explotaciones tamberas 25.169, art. 2º). Es que, como dice Juan José Sanz Jarque <sup>12</sup>, «*la autonomía del derecho agrario concebida en sentido absoluto no tiene sentido*». El jurista español llega a decir que el derecho agrario, cuya autonomía relativa y especialidad, no obstante, recono-

---

<sup>12</sup> Juan José SANZ JARQUE, ob. cit., pág. 51.

ce, «*debe ser un derecho ordinario que reglamente adecuadamente la materia agraria según la naturaleza propia de ésta, en armonía con el ordenamiento general y ordinario del Estado*», el derecho común, el civil, digamos.

Hoy, al derecho agrario se le concede autonomía científica, didáctica y jurisdiccional -entre nosotros, con la ley 13.246, tuvo su propio fuero, luego declarado inconstitucional-; aunque es posible observar, al mismo tiempo, de qué manera se va desvaneciendo la idea de contar con un código agrario, según tuviéramos ocasión de señalarlo con Fernando P. Brebbia en el trabajo que publicáramos en el libro *Homenaje al sesquicentenario de la Constitución nacional (1853-2003)*<sup>13</sup>. Estamos ya lejos de la *desideratio* del Primer Congreso Argentino de Derecho Agrario (San Nicolás, 1966).

En la Argentina la tendencia se orienta al dictado de leyes especiales referidas a cada cuestión en particular. Clara demostración de ello son: la ley de arrendamientos rurales y aparcerías 13.246 modificada por la ley 22.298; el Régimen Nacional de Trabajo Agrario, ley 22.248; la de los contratistas de viñas y frutales, ley 23.154; el decreto nacional 145/01 sobre explotaciones frutihortícolas, absolutamente inconstitucional; la ley 25.113 regulatoria del contrato de maquila y la 25.169, sobre explotaciones tamberas, para mencionar sólo algunas.

La manera en que el derecho agrario aparece en el mundo jurídico nos lleva a recordar la ley del desarrollo de la humanidad presentada por Juan Bautista Alberdi en su Discurso del Salón Literario en 1837<sup>14</sup> y que nos sirve para explicar la aparición de este nuevo derecho.

El autor de las *Bases* apela para ello a una metáfora, ejemplificando con el desarrollo del árbol. Cada país, dice, no es sino una rama del gran árbol del género humano. Este árbol crece y crece, y emite ramas que son los pueblos y las naciones, las cuales van apareciendo según las cau-

---

<sup>13</sup> Editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, t. II pág. 355.

<sup>14</sup> Tomo la cita del prof. Olsen A. Ghirardi, que tan bien ha estudiado a Alberdi, entre otros trabajos, en su libro *La filosofía en Alberdi*, 2ª ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pág. 186 y ss..

sas y circunstancias que determinan su constante mutación; tratándose de un proceso en permanente movimiento, que nunca termina.

Con el derecho ocurre otro tanto. El es también un árbol que crece y emite ramas. En el derecho privado, el árbol es el derecho civil, y las ramas son los derechos especiales (el comercial, el marítimo, el aéreo, etcétera). El jurista español Alberto Ballarín Marcial, en elegante figura, ha dicho <sup>15</sup> que *“el Código Civil es como «la Cámara alta» del derecho, en tanto el derecho especial es la Cámara baja donde surgen normas más efímeras e imperfectas, a veces experimentales; pero, en todo caso, reclamadas por la realidad»*.

Una de las ramas de aquel árbol es el derecho agrario. La Constitución argentina histórica no lo menciona, ni en su texto original de 1853 ni en el resultante de su reforma en 1860 (arts. 64 inc. 11 y 67 inc. 11, respectivamente), seguramente porque no era conocido en el momento de sancionarse la Constitución en 1853.

Quedó, pues, entre las facultades reservada por las provincias en su art. 108, aunque impedidas de dictar los códigos de fondo «después que el Congreso los haya sancionado», según así lo disponía el art. 105 originario, 121 y 126 del texto resultante de la reforma de 1994.

Gracias a la retención para sí de las facultades «no delegadas», algunas provincias comenzaron a dictar sus respectivos códigos rurales, referidos de una manera especial a medidas de policía de campaña, el primero de los cuales fue el de la provincia de Buenos Aires conocido como «Código de Alsina», dictado en 1865 (ley 469 de dicha provincia). Es cierto que en algunos de estos códigos rurales aparecen materias propias de la legislación de fondo, como es el caso de la regulación de la propiedad del ganado. Hay que advertir, no obstante, y ya se ha dicho, que las provincias pudieron obrar así mientras el Congreso no dictara los códigos de fondo; pero no es menos cierto que algunas lo hicieron por inadvertencia, como es el caso del Código Rural sancionado por la provincia de Córdoba en 1885 (ley 1005), que legisló sobre la propiedad del ganado cuando ya el Código Civil se encontraba en vigencia (v. su art. 161). Tema éste, por cierto muy discutido, en el que dijeron lo suyo auto-

---

<sup>15</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., pág. 347.

res de la talla de Exequiel Ramos Mejía, Raymudo M. Salvat y Guillermo Garbarini Islas, entre otros <sup>16</sup>.

## V

Es igualmente cuestión discutida la de determinar si existen principios generales en base a los cuales, como sucede con otras ramas del derecho, construir el derecho agrario.

En un sentido favorable a la existencia de esos principios, se pronuncia Frassoldati en un trabajo llevado al Primer Congreso Internacional de Derecho Agrario (Florencia, 1954) quien enumera los siguientes: el de cultivar bien, el que indica que el ciclo productivo no puede interrumpirse, ni las operaciones inherentes diferirse o suspenderse; en segundo lugar, el principio de la dimensión mínima de la empresa agraria, en tercer lugar, la inescindibilidad de los resultados conjuntos del año agrícola; en cuarto lugar, el principio de colaboración en los contratos agrarios y, finalmente, el de colaboración entre los fundos <sup>17</sup>.

En cambio, no aceptan su existencia autores como José Luis de los Mozos, quien denuncia que esta rama del derecho «*carece como disciplina jurídica de una autonomía sistemática (al faltarle un 'sistema de principios' que sea coherente)... [por lo que] únicamente puede alcanzar autonomía científica o didáctica*» <sup>18</sup>.

Brebbia, por su parte, refiriéndose a la enumeración de Frassoldati, recuerda las opiniones de Luna Serrano, según el cual los propuestos por Frassoldati no son otra cosa que derivación de «*la naturaleza de las cosas*», y de Carrozza, para quien ninguno de ellos «*podían ser consi-*

---

<sup>16</sup> Puede leerse la polémica en Fernando P. BREBBIA, *Temas de derecho agrario*, Rosario, Zeus, 1974, pág. 108.

<sup>17</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., pág. 365, quien, en el Cap. XIX de su obra se explaya sobre la cuestión, señalando los dos que a su juicio son fundamentales: el principio de la productividad agrícola y el de una mejor distribución de la tierra y de sus réditos, agregando un tercero, la paridad entre el sector agrícola y los demás.

*derados específicos y exclusivos del derecho agrario, y por lo tanto distintos de los que informan otras ramas del derecho*»: o son demasiado amplios para ser peculiares del derecho agrario, o demasiado estrechos para cubrir la totalidad de sus institutos. Brebbia, decíamos, cree notar en esta cuestión una declinación o cambio de rumbo, tratándose más bien de un aporte tendiente a demostrar la autonomía del derecho agrario. Cuestión, esta última, que a nuestro juicio ha perdido importancia toda vez que hoy nadie la discute.

Por nuestra parte, pensamos que los expuestos por Frassoldati más que principios jurídicos son recomendaciones para una política agraria que no alcanzan para dibujar la verdadera naturaleza del derecho agrario; lo mismo que sucede con Ballarín Marcial cuando menciona como principios fundamentales los de productividad agrícola, mejor distribución de la tierra y paridad entre los distintos sectores de producción: con respeto, éstos pueden ser ejes de una política agraria, pero no principios del derecho agrario, que es lo que en este momento nos interesa encontrar. Lo político y lo jurídico pertenecen a campos distintos.

Tal vez, a la cuestión haya que orientarla en otra dirección, investigando antes que sus principios generales -de dudosa existencia, como acabamos de ver- cuáles pueden ser los contenidos propios del derecho agrario.

En este segundo sentido puede advertirse un arco de opiniones que van desde considerarlo como la regulación jurídica de la agricultura hasta identificarlo como el derecho de la empresa agraria.

En el inicio del arco pueden ubicarse autores como Arcángeli, para quien el derecho agrario «*es el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones inherentes a la regulación jurídica de la agricultura*»<sup>19</sup>, opinión que es también la del ya citado Luis Martín Ballesteros Hernández<sup>20</sup>. Este modo de apreciar la cuestión -nos parece- deja al margen del derecho agrario otras materias que también son de su incumbencia; de lo cual se deduce la insuficiencia de aquélla como regla general.

---

<sup>18</sup> José Luis de los Mozos, *Estudios de derecho agrario*, Valladolid, 1981, pág. 243.

<sup>19</sup> ARCÁNGELI, *Scritti...*, Cedam, 1936, II-329, cit. por Ballarín Marcial.

En el otro extremo del arco puede observarse que se toma a la empresa agraria como una unidad de producción económica, tal como aparece definida en el art. 2135 del Código Civil italiano, en su versión de 1942. Este código distingue «la empresa «agraria» de la «empresa en general» (art. 2082 *ibíd.*). José Luis de los Mozos <sup>21</sup> estima que para los agraristas de nuestro tiempo este tipo de empresa ocupa el centro de todo el sistema del derecho agrario; y concordando con él, Ballarín Marcial anota que «*sería hacer una síntesis de todas las modernas definiciones decir que el derecho agrario es el derecho de las empresas agrarias*» <sup>22</sup>.

Este punto de vista, que pone la cuestión alrededor de la empresa agraria, ha sido relativizado por Brebbia <sup>23</sup>: «*tal vez no sea del todo exacto*», dice. Hemos compartido su opinión en un trabajo común <sup>24</sup>. Se justifica tal reserva porque existen otras pautas que, como la empresa agraria, son igualmente válidas para definir el derecho agrario sin otorgarle exclusividad a la última; por ejemplo, «*el derecho de la actividad agraria*» (Carrara) «*el derecho del empresario agrícola*» (Bassanelli); «*normas relativas a la producción agrícola*» (Campuzano y Horma), etcétera.

Ahora bien,; si se recorren en detalle todos estos distintos puntos de vista, se podrá advertir que ninguno de ellos se encuentra en condiciones de aportar una visión global del derecho agrario, lo que nos aleja de una visión totalizadora y omnicomprensiva de todos los aspectos de esta rama del derecho. Por ello, habría que centrar el problema en la búsqueda de un común denominador que nos permita establecer con seguridad qué cosa es «derecho agrario» y qué otra no lo es.

Ese común denominador lo ha sabido encontrar el maestro Antonio Carrozza con su sistema de reconstrucción del derecho agrario a través de sus institutos, cuestión de la que pasamos a ocuparnos a continuación.

---

<sup>20</sup> Luis Martín BALLESTERO HERNÁNDEZ, *Derecho agrario. Estudios para una introducción*, Zaragoza, 1990, pág. 21

<sup>21</sup> Prologando un libro de Antonio D. SOLDEVILLA Y VILLAR, *La empresa agraria*, Valladolid, 1982.

<sup>22</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, *ob. cit.*, pág. 433..

<sup>23</sup> Fernando P. BREBBIA, *Introducción al derecho agrario comparado*, Rosario, 2000, pág. 22.

<sup>24</sup> *Constitución Nacional, códigos rurales y codificación del derecho agrario*, incluido en el libro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba *Homenaje al sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Córdoba, 2003, t. II, pág. 355.



## VI

Según recuerda Brebbia <sup>25</sup>, Carrozza presenta su teoría en ocasión de las Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario celebradas en 1972 en Salamanca y Valladolid, España.

Después de aquellas Jornadas, el maestro italiano vuelve a referirse al tema en el Encuentro Mundial de Derecho Agrario celebrado en Goiana, Brasil, septiembre de 1991, donde presenta su trabajo «La reconstrucción teórica del sistema del derecho agrario a través de sus institutos. Razonamiento sobre la técnica a aplicar» <sup>26</sup>.

Según el enfoque de Carrozza, el sustantivo «instituto» designa en el derecho agrario *«un reagrupamiento de normas, quizá de diverso origen y colocación, que aparecen unidas en vista a un fin común (ratio) superior a los fines de cada simple norma que lo compone, pero de cualquier modo, respecto a aquello, homogéneo»*. *«En un sistema de derecho positivo, cualquiera sea -continúa diciendo Carrozza- no la disposición aislada sino el «Instituto» al cual ella pertenece, representa la unidad mínima de relevación y de ordenación de relaciones»*. Y concluye: *«si un conjunto razonado de normas forma un instituto, un cierto número de institutos forma el organismo del derecho»*: el resultado de la unión de todos ellos es el derecho agrario. Y el común denominador del sistema es la «agrariidad»: todo lo «agrario» lo recoge este derecho.

Vale decir, estos institutos son algo así como las «disciplinas» sobre las cuales escribe el prof. Fernando Martínez Paz en un libro de conveniente lectura para comprender los «institutos» de Carrozza <sup>27</sup>, pues sus «disciplinas» consisten en *«un conjunto de conceptos, hechos y relaciones pertenecientes a un mismo tipo de fenómenos vinculados por principios organizadores»*: en los «institutos» el lazo de unión es «la agrariidad», nota común a todas las normas involucradas, en tanto que en las «disciplinas» lo que une es el tipo de fenómenos vinculados.

---

<sup>25</sup> Fernando P. BREBBIA, *Introducción...* pág. 275, nota 326.

<sup>26</sup> El que finalmente trae a la Argentina, publicándolo en la Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado, Rosario, 1993, año II, N° 2.

<sup>27</sup> Fernando MARTÍNEZ PAZ, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, pág. 47.

De esta manera, en el derecho agrario son considerados «institutos» la propiedad agraria, la empresa agraria, el derecho del empresario agrario, el de los contratos agrarios, el trabajo agrario, los procesos jurisdiccionales agrarios, y así sucesivamente.

Hay que agregar que la cuestión no termina allí para Carroza, pues esos institutos, a su vez, van emitiendo «satélites» que no son otra cosa que desprendimientos de un instituto determinado; por ejemplo, de la propiedad agraria surgen las normas referidas a la sucesión de bienes agrarios. Otra vez la metáfora de Alberdi del árbol y sus ramas.

El sistema de Carrara tiene la ventaja de que se adecua al carácter interdisciplinario del derecho agrario; siendo un ejemplo importante de esta particularidad los llamados «procesos agroindustriales», consistentes en la integración entre las empresas dedicadas a la actividad agrícola y otras dedicadas a la industrialización de los productos del agro; por caso, el cultivo de viñedos y la producción de vinos; lo mismo que la creación de cooperativas constituidas por productores agrarios, por intermedio de las cuales se llevan adelante en comunidad los procesos de clasificación, distribución y comercialización de la producción obtenida por los agricultores asociados a esos fines. Todo eso se incluye en la expresión «agrariedad». En una palabra, todo lo que es agrario, o guarda conexidad con lo agrario, de una o de otra forma es alcanzado por el derecho agrario. Esto explica su carácter de interdisciplinario y pluralista.

Debe reconocerse, no obstante, que el sistema de institutos ha sido objeto de reparos. Juristas de la talla de Ballarín Marcial imputan al método *per istituti* un cierto grado de empirismo pragmático que no anticipa una definición genérica de la materia que delimite previamente su amplitud. En ese sentido, Ballarín Marcial señala que el método de Carroza no se condiciona recíprocamente con su noción de la agrariedad (la de Carroza) y puede ser sustituida perfectamente por otra más ajustada a los datos de nuestro ordenamiento, según se refleja en la definición del derecho agrario que el nombrado Ballarín Marcial propone y que es la siguiente: el «*sistema de normas, tanto de derecho privado como de derecho público, especialmente destinadas a regular el estatuto del empresario, su actividad, el uso y tenencia de la tierra, las unidades de explotación y la producción agraria en su conjunto, según unos principios generales, peculiares de esta rama jurídica*»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., págs. 573 y 437.

Sin embargo, queremos recordar que cuando Carrozza define al derecho agrario, lo califica como «*el complejo ordenado y sistematizado de los institutos típicos que regulan la materia agricultura*», con lo que va al nudo de la cuestión, que es, precisamente, «la agricultura». Esta palabra, como hemos visto, se corresponde con la expresión «agrariedad». Dicho de otro modo, «agrariedad» alude a las cosas del agro, pero a todas: a las que Ballarín menciona en su definición y a las que ésta omite.

Lo que pasa, y lo decimos con el mayor respeto al maestro -la parte destacada en la anterior transcripción de su definición así parece indicarlo-, la crítica de Ballarín Marcial parece estar detrás, no ya de los contenidos, sino de la búsqueda de los principios generales del derecho agrario, que para él existen<sup>29</sup>, pero cuya existencia aún está por demostrarse; y nos parece, al mismo tiempo, que en su definición todo gira alrededor de la empresa y el empresario, el uso y tenencia de la tierra, las unidades de explotación y la producción agraria, con lo cual no se hace otra cosa que mutilar esta rama del derecho: si no admitimos la agrariedad y nos atenemos a los contenidos de aquella definición, ¿dónde quedan los institutos del trabajo agrario y de los procesos agrarios, para dar sólo un par de ejemplos?

En realidad, nos parece que es otro el peligro que encierra el sistema de institutos: hay que cuidarse de su excesiva multiplicación pues, como lo previniera alguna vez el propio Fernando Martínez Paz en una magnífica conferencia pronunciada en oportunidad de la reunión conjunta de Academias de Derecho celebrada en Córdoba en el 2000, si bien se advierte hoy una tendencia que alienta la ruptura de fronteras disciplinares, hay que cuidarse de la «hiperespecialización» -lo va a reiterar después en pág. 49 de su libro ya citado- pues las nuevas disciplinas, en este caso los nuevos institutos, se justifican en la medida que mantengan su apertura a vínculos y solidaridades que permitan articulaciones orgánicas y abarcativas de la mayor cantidad posibles de aspectos de la realidad: «*Las ciencias que aíslan y sólo se ocupan de dividir, ha dicho Martínez Paz con verdad, están cada vez mas lejos de ofrecer una solución*».

Quizás este importante detalle no haya sido tenido en cuenta en la Argentina por quienes suelen hablar de un derecho hereditario agrario

---

<sup>29</sup> Alberto BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., pág. 573.

especial como algo distinto del derecho sucesorio del Código Civil, sin advertir que las lagunas de este último en materia de transmisión por vía sucesoria *mortis causa* de algunos bienes agrarios, que sin duda existen, pueden resolverse con criterios menos radicales, pero igualmente efectivos, que el de la creación de un nuevo instituto, el «derecho hereditario agrario». Pero esto ya forma parte de otra historia...

## VII

Finalizando este trabajo podría afirmarse que, en definitiva, agricultura y derecho agrario, son expresiones «correspondientes», en cuanto están entre sí relacionadas: la actividad agraria, o ejercicio de la agricultura, por un lado, y por el otro, el ordenamiento jurídico de esa actividad, el derecho agrario; de manera tal que erraríamos si pretendiéramos equiparar ambas cosas.

Debe quedar claro, al mismo tiempo, que el sistema de institutos creado por el maestro Antonio Carrozza es el que mejor se adecua -a nuestro juicio- al carácter interdisciplinario y a las múltiples facetas y contenidos del derecho agrario y en ello estriba su mayor mérito.

La anterior es, también, una opinión que dejamos amparados en la advocación de aquel aforismo atribuido a San Agustín: «*En el dogma, la unidad; en lo opinable, la libertad, y en todo, la caridad...*».

# **ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA**



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





# ESQUEL Y UN PROYECTO MINERO

por VÍCTOR H. MARTÍNEZ \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El proyecto minero. III. Un precedente: Perú. IV. La normatividad aplicable. V. Conclusiones.

## I. Introducción

En el oeste de la provincia de Chubut, en la región andina y sobre el límite internacional con la República de Chile, a treinta y ocho kilómetros de la ciudad de Esquel, se encuentra el Parque Nacional Los Alerces, que en su extensión de 263.000 hectáreas es uno de los 34 parques nacionales de singular belleza, albergando un complejo sistema lacustre con ríos, arroyos y lagos bordeados de cordones montañosos y bosques de coihues, cipreses, lengas y alerces de 60 metros de alto y troncos de 3 metros de diámetro, de una edad aproximada de 3.000 años.

Allí se observan numerosas especies vegetales y habitan aves y especies nativas y exóticas, algunas en peligro de extinción, **cuyo listado incluimos como anexo.**

Todo ello configura un escenario paisajístico incomparable y de gran contenido cultural, lo que ha contribuido a desarrollar una activi-

---

\* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho. Conferencia pronunciada en sesión privada el 22/4/03.

dad turística excepcional, destacándose la caza y pesca deportiva y la Fiesta Nacional del Esquí.

La ciudad de Esquel, fundada sobre la base de Colonia 16 de Octubre el 25 de febrero de 1906, se enmarca entre los márgenes del arroyo Esquel y los cerros Zeta, 21, La Cruz y el Nahuel Huapi, formando un imponente anfiteatro. Después de cuatro mensuras registra un ejido de 8.000 has. donde habitan 28.000 personas, con prósperas colonias que se dedican a la agricultura, ganadería, artesanías y el aprovechamiento de productos locales.

Al presente, Esquel es la principal ciudad cordillerana y el centro de servicios hacia todos los rumbos.

En la zona se conocen antecedentes mineros con el descubrimiento de oro en las aguas del río Chubut hacia 1882. El 13 de febrero de 1985 se firmó entre la provincia de Chubut y la Secretaría de Minería de la Nación, un convenio de llamado a licitación para el estudio de factibilidad de explotación de yacimientos Huemules (oro y plata).

## **II. El proyecto minero**

En la actualidad la empresa minera canadiense-australiana Meridian Gold, sigue un proyecto de exploración y extracción de oro y plata en mina «El Desquite», provincia de Chubut.

Por ello solicitó y obtuvo de las autoridades provinciales permiso de cateo realizando más de 900 perforaciones a 7 kilómetros del casco urbano de Esquel; de 70 kms. de largo, sobre el cordón Leleque y Sierra Colorada; dinamitará 30.000 toneladas de roca por día y arrojará una facturación de 100.000.000 de dólares anuales, pagándose a la Provincia regalías por un millón, generando puestos de trabajo en forma directa e indirecta, con compromisos de contratación local. Además, se pagarán impuestos por más de 130 millones de dólares en el curso de los diez años que demandará el emprendimiento.

En contrapartida, se sostiene que las minas de oro con lixiviación de cianuro no son una mina práctica sustentable ya que depreda los recursos naturales no renovables y vulnera los renovables, dejando una gran secuela de contaminación. El agua, la flora, la fauna, el paisaje y el turismo se verán afectados y la zona privilegiada por sus recursos naturales no provenientes de la minería, quedarán lesionados para siempre.

A la fecha se han dado cuatro pasos importantes:

a) Informe del Ministerio del Interior, muy esquemático, que da cuenta del proyecto;

b) Estudio del Instituto Nacional de Aguas solicitado por la Provincia, cuyos resultados aún no conocemos;

c) Consulta convocada por el municipio en la que participó el 75% del padrón electoral arrojando 11.046 votos contra el emprendimiento y 2.561 a su favor. Como consecuencia de este plebiscito, no vinculante, la empresa habría resuelto suspender el proyecto;

d) La Municipalidad de Esquel -a través de la Secretaría de Promoción Social y del Consejo de Familia- y la Unidad de Asistencia en temas ambientales con sede en esa ciudad, produjeron sendos documentos de análisis crítico sobre el informe de impacto ambiental presentado por la empresa minera El Desquite S.A. en relación con el Proyecto Esquel <sup>1</sup>.

En el primer documento se acentúan las observaciones alrededor del aspecto socioeconómico, advirtiéndose sobre la falta de experiencia de la comunidad y de sus referentes institucionales frente al desarrollo de la minería, lo que impacta en la falta de coordinación para acercar posiciones encontradas, cuando la solución no está en oponer el desarrollo industrial, científico y tecnológico en el equilibrio ambiental, sino en buscar su armonía.

Se incorpora acertadamente el criterio de que deben dejarse de lado las viejas ideas donde se sostiene que el medio ambiente está limitado a la fauna, la flora y el suelo.

Se puntualizan otros problemas sociales: una masiva corriente migratoria de población que arribe a Esquel podría provocar disputa de puestos de trabajo con efectos negativos en la calidad y remuneración del empleo: restricciones en el acceso a los servicios públicos y a la infraestructura urbana ya saturados; impacto sobre la oferta inmobiliaria, aumento de alquileres y déficit habitacional.

Se advierte que si la expectativa es generar 300 puestos de trabajo, ello representa el 5% en 6.000 desocupados actuales, y durante la etapa

---

<sup>1</sup> Agradecemos al intendente municipal de Esquel, Sr. Rafael Williams, el acceso a esta información.

de construcción de la planta industrial, entre el 70% y 80% del personal ocupado será foráneo.

En el segundo documento se formulan más previsiones sobre omisión de posibles impactos a causa de la aparición de enfermedades relacionadas con la actividad minera.

Por otra parte, se indica la falta de consultas a los registros culturales, antropológicos y de monumentos nacionales; la ausencia de presiones sobre nuevos hallazgos arqueológicos durante la explotación y de mención de ciertos asentamientos indígenas así como de atractivos del Parque Nacional Los Alerces, siendo insuficientes las referencias al turismo.

Otras referencias económicas en vinculación con los montos a percibir por provincia y municipio, figuran en ambos documentos, pero no por ser menos importantes debemos omitirlas en la estrechez impuesta a esta exposición, lo que por otra parte es más solucionable.

Como podemos apreciar, las discrepancias ya han surgido y estamos ante eventuales conflictos de interés. No es un problema de banderas localistas, ni de estatismo versus actividad privada, sino un problema de naturaleza y desarrollo, sustentabilidad o no sustentabilidad, lo que debe resolverse en equidistancia del sí y del no, buscando -como se dijo- el equilibrio en armonía.

#### **IV. Un precedente: Perú**

Consideramos de interés comentar el antecedente peruano en la materia, ya que en Perú la industria minera provee la mitad de las divisas nacionales y allí se pasó de una producción de cinco toneladas de oro por año (1960) a 120 toneladas (1990). En su comercio exterior de nueve millones de toneladas anuales, seis provienen de la minería, no sólo aurífera sino de minerales de plata, cobre, hidrocarburos y productos de canteras.

En este país se dio el primer «boom» de exploración a partir de 1993 y de los informes sobre «yanococha» con más de 100 proyectos auríferos a cargo de empresas nacionales y extranjeras; sólo el referido emprendimiento registra una producción de 1.8 millones y las inversiones previstas para el periodo 1999-2008 rondan en U\$S 11 mil millones. En el ranking de la producción de América Latina está primero en oro, zinc, estaño y plomo y segundo en cobre y plata, y a nivel mundial está segundo en estaño y plata.

No obstante, particularmente después de las privatizaciones, se observaron serios inconvenientes vinculados a problemas ambientales, obligando al gobierno a contratar ocho consultores para definir las responsabilidades en relación al ambiente.

Se reconoce que la minería es, por definición, una actividad que involucra cambios en la geografía y fisiografía de los paisajes. Fue necesario aprobar el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (1990); el Consejo Nacional del Ambiente (1994) y el Ministerio de Energía y Minería (MEM) son las autoridades que regulan el otorgamiento y el aprovechamiento de recursos mineros y de hidrocarburos, en forma autónoma. Hay audiencias públicas para el estudio del impacto ambiental, y la Ley Orgánica de Municipalidades establece una serie de competencias ambientales, correspondiendo a los municipios planificar, ejecutar e impulsar el conjunto de acciones destinadas a proporcionar al ciudadano el ambiente ordenado para la satisfacción de sus necesidades vitales, imponiendo la limitación a la propiedad privada.

Culturalmente, se estiman importantes y básicos los siguientes aspectos de la planificación en la gestión ambiental:

1. El consumo y manejo de recursos naturales (agua, aire, suelo, recursos minerales, madera para mina, paisaje, flora y fauna asociados, ciclos biológicos).

2. El consumo y manejo del recurso energía.

3. Infraestructura y recursos humanos.

4. Método de transporte, manipuleo, acarreo, almacenamiento y disposición final de cada elemento asociado con la unidad minera.

5. Los residuos sólidos, gaseosos y etéreos (ruido, vibraciones, radiactividad).

6. Los efluentes líquidos.

El Código de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (decr. ley 611/1990) menciona el impacto ambiental en su Capítulo II, art. 8º: «Todo proyecto de obra o actividad, sea de carácter público o privado, que pueda causar daños no tolerables al ambiente, requiere de un estudio de impacto ambiental (EIA) sujeto a la aprobación de la autoridad competente». En particular, deberá establecerse un EIA respecto a las actividades mineras pesqueras y forestales (inc. F).

La ley determina la necesidad de una certificación ambiental y recién a partir de ésta queda autorizada la ejecución de la acción o proyecto.

El Reglamento sobre Protección Ambiental en la actividad minero metalúrgica, promulgado por DS. N° 0106-93-EM el 28/4/93, establece que el titular de concesiones mineras, que habiendo completado la etapa de exploración, proyecte iniciar la etapa de explotación, deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental y un Programa de Adecuación y manejo Ambiental.

Como ejemplo, podemos citar el proyecto de Pluspetrol Perú Corporation, empresa de mayoría argentina que constituye el emprendimiento denominado CAMISEA, quizás la inversión extranjera más grande en el país peruano, con 14 perforaciones y ductos que tendrían una extensión de 716 km., atravesando 200 km. de selva y un 25% de áreas protegidas.

Estos ductos comprenden 8 comunidades nativas de la Amazonia, 45 comunidades campesinas de la Sierra y 3 de la parte costera. La firma presentó el 17 de agosto de 2001 el estudio de impacto ambiental después de haber consultado a 144 instituciones y contratado investigadores de las universidades de Piura, Cuzco y Nacional de Ingeniería.

Su plan de manejo ambiental, incluido en el EIA, contempla la inspección constante de la calidad de los efluentes y las emisiones, el ruido, la salud de los trabajadores y las comunidades y los efectos o alteraciones sobre la fauna y la vegetación. En lo referente a los aspectos sociales, además de un esfuerzo permanente para preservar las manifestaciones culturales nativas y diversas acciones de prevención, se comprometió a prestar especial atención a la generación de puestos de trabajo y a la circunstancia de que las labores no afecten la calidad del agua y riqueza ictícola.

Los contratos a cuya firma pudimos asistir como embajador argentino, durante el gobierno de presidente Valentín Paniagua, son un precedente significativo para tener en cuenta <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> El esquema de un estudio de impacto ambiental puede ser consultado en la monografía «Impacto ambiental y derecho minero», de Darío Eugenio ARIAS, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (1998).

## V. La normatividad aplicable

En el tema que nos ocupa es preciso tener en cuenta:

1. La Constitución Nacional.

2. La legislación nacional: Código de Minería (t.o. decr. 456/97); Acuerdo Federal Minero (ley 24.228/93); Ley de Protección Ambiental para la Actividad Minera (ley 24.585/95); Régimen Legal de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales (ley nacional 22.351); Ley General en Ambiente (25.675/02).

3. Legislación provincial: Constitución de la Provincia de Chubut; Código de Aguas de la Provincia de Chubut (ley 4148); ordenanza de la Municipalidad de Esquel (93/02).

**A.** La Constitución Nacional define en su art. 41: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley».

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional «de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos» (art. 43): «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de actividades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías recurridos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

«Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la

competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

«Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los actos a ella referidos y de sus finalidades que consten en registros o bancos de datos públicos, a los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística».

Por otra parte el art. 121 dice: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación», y el art. 124 *in fine* resume que «corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio».

Es decir:

a) Que respetando la Ley Suprema y las previsiones de leyes nacionales (art. 31 C.N.), las autoridades provinciales pueden dictar normas ambientales complementarias o que llenen los vacíos de la legislación en la materia.

b) La protección del ambiente no es sólo un derecho sino un deber de autoridades nacionales, provinciales y municipales, y de todos los habitantes de la Nación.

c) Toda persona puede interponer acción en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente.

El Código de Minería, originariamente y en sus actualizaciones, considera la actividad minera en todas sus etapas de interés público: la explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos consiguientes, resisten el carácter de utilidad pública (art. 13). Se incluye aquí, por lo tanto, el beneficio de los minerales, trituración, molienda, concentración, lavado y transporte.

En otros trabajos ya comentamos acerca de esta norma que debe ser concordada con otras que hacen a las relaciones entre distintos titulares de derechos mineros o entre mineros y superficiarios.

Sustancialmente debe estarse al Título Decimocuarto del cuerpo legal, sobre «Condiciones de la explotación», Sección Primera, allí se define: «Los mineros pueden explotar sus pertenencias libremente,



sin sujeción a otras reglas que las de su seguridad, policía y conservación del ambiente»<sup>3</sup>.

«La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural quedarán sujetas a las disposiciones de la Sección Segunda de este título y a las que oportunamente se establezcan en virtud del art. 41 de la Constitución Nacional» (art. 233).

En su Sección Segunda, «De la protección ambiental para la actividad minera», se incorpora los siguientes artículos:

Art. 247: «Están comprendidos dentro del régimen de esta sección todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, los entes centralizados o descentralizados y las empresas del Estado nacional, provincia nacional y municipal que desarrollen actividades comprendidas en el art. 249».

Art. 249: «Las actividades comprendidas en la presente sección son:

- Proyección, expedición, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales comprendidas en este Código de Minería incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina.
- En procesos de trituración, molienda, beneficio, peletización, sinterización, briqueteo, elaboración, primaria, calcinación, fundición, refinación, aserrado, tallado, pulido, lustrado, otros que puedan surgir de nuevas tecnologías y la disposición de residuos de cualquiera sea su naturaleza».

Art. 250: «Serán actividad de aplicación para lo dispuesto por la presente sección las actividades que las provincias las determinen en el ámbito de su jurisdicción».

En el párrafo II «De los instrumentos de gestión ambiental», se incluyen los artículos directamente vinculados al impacto ambiental (arts. 251 al 260), cuyo informe debe ser producido *antes del inicio de cualquier actividad especificada en el art. 249* y que deberá contener el tipo de acciones a desarrollar, método y medidas de protección ambiental.

La autoridad deberá expedirse en un plazo de treinta días hábiles de notificado, por decisión fundada, aceptando o rechazando el proyecto, pudiendo el interesado solicitar un certificado de calidad ambiental.

---

<sup>3</sup> *Derechos reales en minería*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999. *Caracteres de la propiedad minera*, Marcos Lerner Editora Córdoba.

El Acuerdo Federal Minero (ley 24.228/93) suscripto por todas las provincias establece la necesidad de cumplimentar tanto para la actividad pública como privada una declaración de impacto ambiental para las tareas de prospección, exploración, explotación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de minerales.

Si bien el proyecto no compromete territorialmente un área de Parque Nacional, por su proximidad a Los Alerces estimamos útil recordar la ley nacional 22.351. Esta dispone que podrán declararse parque nacional, monumento natural, o reserva nacional, las áreas del territorio de la república que por su extraordinaria belleza o riqueza en flora o fauna autóctona, o en razón de un interés científico determinado deben ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones, en ajuste a los requisitos de seguridad nacional (art. 1°).

La ley distingue como reservas nacionales las áreas que interesan para la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del parque nacional contiguo a la creación de zonas de conservación independientes, cuando la situación existente no requiere o admita el régimen de un parque nacional (art. 9°).

La exploración y explotación minera y la instalación de industrias, están prohibidas en parques nacionales (art. 5° incs. b y c) y en las reservas (art. 10 inc. A), salvo que en estas últimas está permitida la explotación de canteras.

El 31 de agosto de 1990 fue suscripta el Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (C.O.F.E.M.A.) con el objetivo, entre otros, de «Exigir y controlar la realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos de efecto interjurisdiccionales, nacionales e internacionales (arts. 1° y 7°) y el 5 de julio de 1993 se firmó el Pacto Federal Minero por parte de las autoridades nacionales y las provincias inclusive Chubut.

Ambos instrumentos fueron ratificados por la Ley General del Ambiente 25.675, cuyo art. 1° dice: «La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable».

La ley rige en todo el territorio de la Nación (art. 3°) y la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijados por ellas, en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá por sobre toda otra norma que se le oponga (art. 4°).

Art. 11: «Toda obra o actividad que, en el territorio de la nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeto a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, *previo a su ejecución*» (el destacado nos pertenece).

Art. 12: «Las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifiesta si las obras o actividades afectarán el ambiente, las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en la ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental en la que se manifiesta la aprobación o rechazo de los estudios realizados».

Art. 13: «Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.»

En el título sobre «Participación ciudadana» se dispone: «La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados» (art. 21).

**B.** Como afirma Daniel Sabsay, la combinación de los arts. 41y 124 C.N. nos induce a pensar que la delegación en favor de la Nación para legislar sobre presupuestos mínimos de gestión sobre el ambiente, se efectuó bajo la condición de que su ejecución no importará un vencimiento del dominio que tienen las provincias sobre los recursos naturales <sup>4</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re* «Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad, fallo R. 13. XXVIII) tiene ratificado que «corresponde reconocer en las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del ambiente».

---

<sup>4</sup> *Humanismo ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.

Las provincias pues, y los municipios, desde nuestra tradición jurídica expresada en los códigos rurales, han venido dictando normas que, directa o indirectamente, hacen al ambiente y a cada uno de los elementos que lo integran.

La Constitución de la provincia de Chubut, en concordancia con las normas de la Constitución Nacional dispone «Que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano que asegure la dignidad de su vida y su bienestar y el deber de su conservación en defensa del interés común. El Estado preserva la integridad y diversidad natural cultural del medio, resguarda su equilibrio y garantiza su protección y mejoramiento en pos del desarrollo humano sin comprometer a las generaciones futuras. Dicta legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, impone las sanciones correspondientes y exige la reparación de los daños» (art. 109).

«Todo habitante puede interponer acción de amparo para obtener de la autoridad judicial la adopción de medidas preventivas o correctivas respecto de hechos producidos o previsibles que impliquen deterioro del medio ambiente» (art. 111).

El Código de Aguas de la Provincia de Chubut (ley U004148 1995), cuya autoridad de aplicación es la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Provincia (decr. 1213, 9/12/02) prevé el aprovechamiento del agua para concesiones mineras o industriales (art. 42) pero al propio tiempo incluye: Capítulo IX, «Eliminación de residuos», entre ellos los productos de lavado, depuraciones y concentraciones y todo otro tipo de residuos industrial, minero o agropecuario que altere las propiedades del agua (art. 106).

Capítulo V, «Uso minero», entre otras disposiciones nos limitamos a citar el art. 89: «Las concesiones de explotación minera de álveos y subálveos a otorgar por la autoridad minera deberán contar con el acuerdo de la autoridad de aplicación de este código, la que considerará el impacto de la explotación sobre el ambiente, la fauna, flora y sobre otros posibles usos del agua».

Además, la ley provincial 4541 determina que el Poder Ejecutivo implementará la creación de unidades de gestión en las cuencas naturales de los ríos de su jurisdicción, con los comités de Cuenca y el Consejo de Gobierno de la Cuenca.

Como consecuencia del proyecto minero, la Municipalidad de Esquel aprobó la ord. N° 93/02 por la que se constituye la *Unidad de Coordina-*

*ción y Control*, destinada a trabajar de manera personal sobre aquellas problemáticas derivadas de la próxima puesta en marcha del emprendimiento minero «Oro de Esquel», comprendiendo en su conformación el ámbito público y privado en nuestra comunidad y destinada a atender los impactos positivos y negativos de esta nueva actividad, buscando propiciar, optimizar y extender los beneficios generados por los aspectos positivos y mitigar, equilibrar o remediar los posibles efectos negativos.

## V. Conclusiones

En principio, ninguna norma legal veda la actividad minera fuera del espacio de parques nacionales, antes bien ella es fomentada por el Estado como fuente de trabajo, desarrollo regional, ingresos fiscales y aportante a la riqueza del país.

Sin embargo, este criterio general reconoce limitaciones en consideración a intereses de superficiarios y, muy especialmente, debe conciliarse con el desarrollo sustentable, lo que en muchos casos puede ser atendido sin menoscabo del proyecto minero.

Para ello las normas mineras han impuesto que todo proyecto, en cualquiera de sus etapas no es viable, y rechazable *ab initio*, sin cumplir el requisito del Estudio sobre el Impacto Ambiental (EIA), seguido de un informe, que la autoridad tiene que analizar con carácter previo a cualquier decisión.

Toda persona, las comunidades y entidades no gubernamentales, tienen el derecho y aun el deber de participar en tal estudio, por lo que la aceptación o no de un proyecto conlleva la fundamentación correspondiente. Aun cuando hay particularidades en cada país o incluso dentro de cada región patagónica, hay parámetros en precedentes nacionales y extranjeros y en doctrina, que es preciso tener en cuenta en el EIA, a fin de conciliar posiciones y evitar que se causen gravámenes irreparables a largo plazo o se impidan iniciativas que bien controladas, puedan significar más progreso y desarrollo.





**PARQUE NACIONAL LOS ALERCES****LISTADO PRELIMINAR DE ESPECIES DE PLANTAS  
VASCULARES, ALGAS Y HONGOS****Arboles**

Sp	Nombres
<i>Amomyrtus luma</i>	luma
<i>Aristolelia chilensis</i>	maqui
<i>Austrocedrus chilensis</i>	ciprés-ciprés-ciprés de la cordillera
<i>Discaria chacaye</i>	chacay de cordillera-chacay de la cordillera-espino
	blanco-temen
<i>Drymis winteri</i>	boighe-canelillo-canelo
<i>Embothrium coccineum</i>	ciruelillo-notro
<i>Fitzroya cupressoides</i>	alerce
<i>Laureliopsis philippiana</i>	huahuan-huahuán-laurel-tepa
<i>Lomatia hirsuta</i>	radal
<i>Luma apiculata</i>	arrayan-arrayán
<i>Maytenus boaria</i>	horco molle-maiten-maitén
<i>Maytenus magellanica</i>	guayo-huallo-huayo-leña dura- maitén negro
<i>Muehlenbeckia hastulata</i>	
<i>Myrceugenia chrysocarpa</i>	luma blanca
<i>Myrceugenia exsucca</i>	patagua
<i>Nothofagus antarctica</i>	ñire
<i>Nothofagus dombeyi</i>	coihue-coygue-coyhue
<i>Nothofagus pumilio</i>	lenga
<i>Pilgerodendron uviferum</i>	ciprés de las guaitecas-ciprés de las guaytecas-ciprés de las guaytecas
<i>Pseudopanax laetevirens</i>	sauco-sauco cimarrón-sauco del diablo
<i>Tepualia stipularis</i>	chaura-tepu-tepú
<i>Weinmannia trichosperma</i>	made-maden-palosanto-teniu-teñiu tinel-tineo



**Arbustos**

Sp	Nombres
<i>Anarthrophyllum rigidum</i>	colimamul-mata amarilla-mata guanaco-monte guanaco-yerba del guanaco- yerba guanaco
<i>Azara lanceolata</i>	corcolén
<i>Baccharis magellanica</i>	mosaiquillo
<i>Baccharis obovata</i> var. <i>obovata</i>	chilca-romeriilo~vatrú
<i>Baccharis racemosa</i>	
<i>Bacchads umbelliformis</i>	huautro
<i>Berberis buxifolia</i>	calafate-michai-michay
<i>Berberis darwini</i>	calafate-michay-rüilin
<i>Berberis empetrifolia</i>	calafatillo
<i>Berberis parodii</i>	calafate grande
<i>Berbeds serrato-dentata</i>	saloll
<i>Buddleja globosa</i>	matico-pañil
<i>Chiliotrichium rosmarinifolium</i>	romerillo
<i>Chusquea culeou</i>	coligüe-colihue-culeú
<i>Colletia spinosissima</i>	espino negro
<i>Diostea juncea</i>	retamo
<i>Empetrum rubrum</i>	murtilla-mutilla
<i>Ephedra frustillata</i>	pingo
<i>Escallonia rosea</i>	
<i>Fabiana imbricata</i>	palo piche
<i>Fuchsia magellanica</i>	chilco-fucsia
<i>Gaultheria phillyreaefolia</i>	chaura
<i>Griselinia ruscifolia</i>	lilinquén-voqui
<i>Haplopappus glutinosus</i>	buchu
<i>Lomatia ferruginea</i>	fuique-palmilla
<i>Luzuriaga radicans</i>	quilineja
<i>Maytenus chubutensis</i>	chaurilla
<i>Maytenus disticha</i>	laña dura-maiten chico-maitén chico naranjillo
<i>Mitraria coccinea</i>	botellita
<i>Mulinum spinosum</i>	neneo
<i>Myoschilos oblongum</i>	codocoipu-orocoipu-sena

<i>Myrceugenia ovata</i> var. <i>mannophylla</i>	lumilla
<i>Nassauvia revoluta</i>	
<i>Ovidia andina</i>	lloime-palo hediondo-pillo-pillo pillo
<i>Pernettya mucronata</i>	chaura
<i>Rhaphithamnus cyanocarpus</i>	espino azul
<i>Ribes cucuilatum</i>	parrillita
<i>Ribes magellanicum</i>	parrilla
<i>Ribes magellanicum</i> ssp. <i>parviflorum</i>	parrilla
<i>Rosa rubiginosa</i>	rosa mosqueta
<i>Scninus patagonicus</i>	laura
<i>Senecio argyreus</i>	
<i>Senecio hollermeri</i>	
<i>Senecio molinae</i>	
<i>Senecio patagonicus</i> var. <i>patagonicus</i>	
<i>Senecio portalesianus</i>	
<i>Senecio triodon</i> var. <i>triodon</i>	
<i>Wendtia gracilis</i>	té de burro

### Herbaceas

Sp	Nombres
<i>Acaena ovalifolia</i>	abrojo-cadillo
<i>Acaena pinnatifida</i>	abrojo-cadillo de la sierra-codillo de la sierra-pimpinela
<i>Agrostis gigantea</i>	black bent-pasto quila -red top
<i>Agrostis glabra</i> var. <i>glabra</i>	
<i>Agrostis glabra</i> var. <i>melanthes</i>	
<i>Agrostis inconspicua</i>	
<i>Agrostis magellanica</i>	
<i>Agrostis meyenii</i>	
<i>Agrostis tenuis</i> var. <i>aristata</i>	
<i>Agrosfis vidalii</i>	
<i>Alstroemeria aurantiaca</i>	amancay-liuto
<i>Anagallis alternifolia</i>	
<i>Anemone multifide</i>	anémona
<i>Aphanes arvensis</i>	
<i>Arenaria serpens</i>	
<i>Armeria chilensis</i>	siempreviva

Sp	Nombres
<i>Arrhenatherum elatius</i> var. <i>elatius</i>	fromental
<i>Aster vahlii</i> var. <i>vahlii</i>	
<i>Asteranthera ovata</i>	estrellita
<i>Bromus araucanus</i> var. <i>araucanus</i>	
<i>Calceolaria crenatiflora</i>	capachito-topa
<i>Caltha saginata</i>	maillico
<i>Cardamine flaccida</i> sub.ep. <i>alsophila</i>	
<i>Cardamine valdiviana</i>	
<i>Carex andersonii</i>	
<i>Carex patagonica</i>	
<i>Cerastium arvense</i>	
<i>Chenopodium oblancoatum</i>	paico
<i>Conyza floribunda</i>	
<i>Conyza larrainiana</i>	
<i>Cortadera araucana</i> var. <i>araucana</i>	cola de zorro - cortadera
<i>Cortadera araucana</i> var. <i>fuenzalidae</i>	carrizo - cola de zorro
<i>Cortaderia pilosa</i> var. <i>minima</i>	
<i>Crepis capillaris</i>	
<i>Deschampsia atropurpurea</i>	
<i>Deschampsia laxa</i>	
<i>Deyeuxia erythiostachya</i> var. <i>erythiostachya</i>	
<i>Deyeuxia viridis</i>	
<i>Donatia fascicularis</i>	
<i>Elymus agropyroides</i>	
<i>Elymus andinus</i>	
<i>Elymus antarcticus</i>	triguillo
<i>Elymus gayantis</i>	
<i>Epilobium australe</i>	
<i>Erigeron cinereus</i>	
<i>Erigeron leptopetalus</i>	
<i>Erodium cicutarium</i>	alfilerillo
<i>Euphorbia portulacoides</i> var. <i>nahuelhuapina</i>	pichoa
<i>Festuca rubra</i> var. <i>simpliciuscula</i>	
<i>Fragaria chiloensis</i>	frutilla
<i>Gamochaeta spiciformis</i>	

Sp	Nombres
<i>Gavilea odoratissima</i>	
<i>Gentianella magellanica</i>	
<i>Geranium berterianum</i>	
<i>Geranium core-core</i>	pata de león
<i>Geranium patagonicum</i>	
<i>Geranium sessiliflorum</i>	
<i>Geum chilense</i>	
<i>Hieracium glaucifolium</i>	
<i>Hieracium patagonicum</i>	
<i>Hierochlœ juncifolia</i>	
<i>Hierochlœ sorianoii</i>	
<i>Holcus lanatus</i>	heno blanco-pasto dulce-pasto miel
<i>Hordeum marinum</i>	
<i>Hordeum parodii</i> var. <i>araucanum</i>	
<i>Hydrocolyle charnaemorus</i>	hydrocoyle
<i>Hypochoeris arenaria</i> var. <i>arenaria</i>	
<i>Hypochoeris radicata</i>	
<i>Juncus inconspicuu</i>	junco
<i>Lathyrus magellanicum</i> var. <i>magellanicum</i>	
<i>Leptophyllocloa micrathera</i>	
<i>Lupinus polyphyllus</i>	lupino
<i>Madia sativa</i>	madi-melosa
<i>Mimulus luteus</i>	
<i>Nassauvia dentata</i>	
<i>Nassauvia dusenii</i>	
<i>Nassauvia lagascae</i> var. <i>lanata</i>	
<i>Oenothera odorata</i>	don diego de la noche
<i>Osmorhiza chilensis</i>	amor seco-cacho de cabra-ñonquin- ñonquín
<i>Ourisia alpina</i>	
<i>Oxalis valdiviensis</i>	cuyi cuyi-vinagrillo
<i>Perezia bellidifolia</i>	
<i>Perezia linearis</i>	
<i>Perezia pedicularifolia</i>	
<i>Phacelia magellanica</i>	

Sp	Nombres
<i>Pinguicula antarctica</i>	
<i>Plantago lanceolata</i>	llanten-llantén
<i>Poa borchersii</i>	
<i>Poa pogonantha</i>	
<i>Poa pratensis</i>	poa de los prados
<i>Potamogeton linguatus</i>	
<i>Primula farinosa</i> var. <i>magellanica</i>	primavera
<i>Prunella vulgaris</i>	
<i>Ranunculus semiverticillaris</i>	
<i>Relchela panicoides</i>	
<i>Rumex cetosella</i>	yuyo colocado
<i>Sedum acre</i>	
<i>Senecio acanthifolius</i>	
<i>Senecio diemii</i>	
<i>Senecio hieracium</i>	
<i>Senecio kingii</i> var. <i>kingii</i>	
<i>Senecio olites</i>	
<i>Senecio subdiscoideus</i>	
<i>Senecio trifurcatus</i>	
<i>Silene gallica</i>	
<i>Silene patagonica</i>	
<i>Silene pratensis</i>	
<i>Stenodraba pusilla</i> var. <i>patagonica</i>	
<i>Stipa speciosa</i>	coirón amargo
<i>Trifolium dubium</i>	
<i>Trisetum caudulatum</i> var. <i>caudulatum</i>	
<i>Trisetum caudulatum</i> var. <i>correae</i>	
<i>Trisetum lechleri</i>	
<i>Trisetum spicatum</i>	
<i>Tropaeolum incisum</i>	
<i>Uncinia brevicaulis</i>	
<i>Uncinia lechleriana</i>	
<i>Urtica magellanica</i>	ortiga
<i>Valeriana macrorrhiza</i>	lahuén~ñancu
<i>Vicia nigricans</i>	arvejilla-arvejilla
<i>Viola maculata</i>	violeta-violeta amarilla
<i>Vulpia dertonensis</i>	

**Lianas y enredaderas**

Sp	Nombres
<i>Hydrangea serratifolia</i>	pahueldín-pahueldín-voqui naranjo-voquinaranjo
<i>Lathyrusa magellanicus</i>	arvejilla
<i>Mutisia acerifolia</i>	
<i>Mutisia recurrens</i>	reina
<i>Mutisia retusa</i>	virreina
<i>Mutisia spinosa</i> var. <i>pulchella</i>	

**Hemiparásitas**

Sp	Nombres
<i>Misodendrum brachystachyum</i>	
<i>Misodendrum gayanum</i>	
<i>Misodendrum punctulatum</i>	injerto
<i>Phrygilanthus tetrandrus</i>	quintral

**Helechos**

Sp	Nombres
<i>Blechnum germainii</i>	punque
<i>Blechnum penna-manrina</i>	punque
<i>Hymenophyllum secundum</i>	palmerilla

**Algas**

Sp	Nombres
<i>Anabaena solitaria</i>	
<i>Anabaena</i> sp1	
<i>Anabaena</i> sp12	
<i>Aphanothece nidulans</i>	
<i>Chroococcus minutus</i>	
<i>Coelosphaerium kuetzgianum</i>	
<i>Cylindrospermum</i> sp.	
<i>Dactylococcopsis ellipsoides</i>	

---

Sp	Nombres
	<i>Dactylococcopsis raphidioides</i>
	<i>Microcystis robusta</i>
	<i>Oscillatoria agardhii</i>
	<i>Oscillatoria curviceps</i>
	<i>Oscillatoria limnetica</i>
	<i>Oscillatoria tenuis</i>

**Hongos**

---

Sp	Nombres
	<i>Aurantioporus albidus</i>
	<i>Ceriporiopsis rivulosa</i> var. <i>valdiviana</i>
	<i>Rajchenb.</i> var. <i>nov.</i>
	<i>Phellinus inermis</i>
	<i>Phellinus senex</i>
	<i>Ryvadernia camdyla</i>

LISTA DE VERTEBRADOS REGISTRADOS PARA EL  
PARQUE NACIONAL LOS ALERCES

**Peces**

Galaxias maculata  
Galaxias platei  
Percichthys trucha  
Oliveichthys viedmensis  
Hachteria macraei  
Odonthestes microlepidotus  
Aplochiton zebra  
Aplochiton taeniatus

*Probables:*

Percichthys colhuapiensis  
Percichthy cf. vinciguerra

**Anfibios**

Bufo spinulosus  
Batrachyla fitzroya  
Batrachyla antartandica  
Batrachyla taeniata  
Alsodes cf. monticola  
Eusophus cf. calcaratus  
Hylorina sylvatica  
Pleurodema thaul

*Probables:*

Bufo variegatus  
Pleurodema bufonina  
Rinoderma darwini

**Reptiles**

Tachydemis peruviana  
Liolaemus pictus

*Probables:*

Liolaemus bibronii  
Liolaemus lineomaculatus  
Diplolaemus sp.

**Aves**

Podiceps rolland  
Podiceps occipitalis  
Podiceps rnaajor  
Phalacrocorax olivaceus  
Ncticorax ncticorax  
Theristicus caudatus  
Pegadis chihi  
Phoenicopterus chilensis  
Cygnus melancoryphus  
Chloephaga picta  
Chloephaga poliocephala  
Tachyeres patachonicus  
Anas specularis  
Anas flavirostris  
Anas sibilatrix  
Anas georgica  
Merganetta armata  
Oxyura ferruginea  
Vultur gryphus  
Geranoaetus melanoleucus  
Buteo polyosoma  
Buteo albigula  
Milvago chimango  
Polyborus plancus  
Polyborus albogularis  
Falco sparveriusus  
Fulica armillata  
Vanellus chilensis  
Gallinago gallinago  
Phalaropus tricolorr  
Larus dominicanus  
Larus maculipennis  
Columba araucana  
Microsittace ferruginea  
Bubo virginianus  
Glaucidium nanum  
Sephanoides sephanoides  
Ceryle torquata  
Colaptes pitius  
Picoides lignarius



Cincloides patagonicus  
 Cincloides furcus  
 Sylviorhynchus desmursii  
 Aphrastura spinicauda  
 Leptasthenura aegithaloides  
 Asthenes pyrroleuca  
 Pigarrichas albogularis  
 Pteroptochos tami  
 Scelorchilus rubecula  
 Scytalopus magellanicus  
 Agriomis livida  
 Pyrope pyrope  
 Muscisaxicola flavinucha  
 Muscisaxicola macloviana  
 Lessonia rufa  
 Anairetes parulus  
 Coloramphus parvirostris  
 Elaenia albiceps  
 Phytotoma rara  
 Tachycineta leucopyga  
 Notiochelidon cyanoleuca  
 Troglodytes aedon  
 Turdus falcklandii  
 Diuca diuca  
 Phrygilus patagonicus  
 Zonotrichia capensis  
 Carduelis barbata  
 Curaeus curaeus  
 Agelaius thilius

*Probables:*

Podilymbus podiceps\*  
 Ardea cocoi\*  
 Bubulcus ibis\*  
 Egretta alba  
 Anas platalea  
 Cathartes aura  
 Circus cineris  
 Accipiter bicolor\*  
 Falco peregrinus  
 Falco femoralis  
 Rallus sanguinolentus\*  
 Attagis gayi\*  
 Zenaida auriculata

Caprimulgus longirostris\*  
 Oreotrichulus leucopleurus\*  
 Geositta rufipennis\*  
 Cinclodes oustaleti\*  
 Asthenes anthoides  
 Egralla paradoxa  
 Agriomis montana  
 Hymenops perspicillata  
 Muscisaxicola albilora\*  
 Muscisaxicola capistrata  
 Tachuris rubrigrasta  
 Cistothorus platensis  
 Anthus correndera\*  
 Anthus hellmayri\*  
 Phivílus unicolor\*  
 Melanodera xanthogramma\*  
 Molothrus bonariensis\*  
 Stumella loyca\*

**Mamíferos:**

Dromiciops australis  
 Histiotus montanus  
 Myotis chiloensis  
 Myocastor coypus  
 Abrothrix longilipis  
 Abrothrix olivaceus  
 Oligoryzomys longicaudatus  
 Irenomys tarsalis  
 Reithrodon aritus  
 Geoxus valdivianus  
 Pseudalopex culpaeus  
 Oncifelis guigna  
 Puma concolor  
 Galictis cuja  
 Conepatus humboldtii  
 Hippocamelus bisulcus  
 Pudu pudu

*Probables:*

chaetophractus villosus  
 Zaedyus pichiy  
 Histiotus macrotus  
 Lasiurus varius

Lestodelphys naill  
Ctenomys haigi  
Abrothrix xanthorhinus \*  
Eligmodontia morgani  
Chelemyzs macronyx  
Notiomys edwardsii  
Phyllotis xanthopygus  
Loxodontomys chinchilloides  
Lagidium viscacia  
Oncifelix geofroyi \*  
Lyncodon patagonicus  
Pseudalopea griseu \*

\* Especies no registradas formalmente,  
pero de presencia prácticamente segura.

### **Especies exóticas**

#### **Peces**

Oncorhynchus mikiss  
Salvelius fontinalis  
Salmo trutta  
Salmo salar sebago

#### **Aves**

Columba livia  
Lophortyx californica  
Passer domesticus

#### **Mamíferos**

Lepus capensis  
Rattus novergicus  
Mus musculus  
Mustela vison  
Sus scrofa  
Cervus elaphus

# LOS DELITOS DE ROBO Y HURTO EN LA JURISDICCIÓN DE CÓRDOBA DEL TUCUMÁN EN EL SIGLO XVIII

por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El marco teórico. III. La construcción de los alcances de los delitos de robo y hurto en el último cuarto del siglo XVIII. IV. El rigor formulario y las instancias procesales. V. La aplicación de las sentencias. VI. Conclusiones. Bibliografía.

## I. Introducción

La presente investigación es parte de un trabajo mayor sobre la aplicación del Derecho Penal Castellano Indiano en el período 1776-1810, en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán.

El trabajo se ha realizado examinando los fondos documentales existentes en la sección *Crimen* del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba.

Se han compulsado 84 legajos, que contienen a su vez, 263 causas con sentencias referidas a la comisión de los delitos de hurto, robo y abigeato <sup>1</sup>.

La suma de las causas por delitos contra la propiedad importa prácticamente el 22 % del total de los expedientes labrados que se conservan en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba.

---

\* Disertación del académico de número Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira en la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, celebrada el 3 de junio de 2003

<sup>1</sup> Han sido consultados la totalidad de los Expedientes de Crimen, referidos al delitos que estudiamos, existentes en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante A.H.P.C.) correspondiente al período 1776-1810.

En este trabajo se intenta abordar el estudio de delito señalado, desde una visión de conjunto sobre uno de los repositorios penales más lúcidos y completos de nuestro país.

Resulta esclarecedor para la comprensión de cómo funcionaba la organización de la justicia castellana en una remota jurisdicción del imperio, donde el rígido esquema de las pruebas legales, se muestra mucho más flexible y elástico, al aplicarse por jueces legos que se dejaban guiar, en forma preponderante por su conocimiento personal de la causa, el medio y el propio reo y hasta sus propios intereses de clase a la hora de impartir justicia.

## II. El marco teórico

La investigación intenta analizar el trámite procesal que originaron en la jurisdicción en estudio los hoy llamados «*delitos contra la propiedad*», denominación que no aparece claramente determinada en textos de los tratadistas y prácticos del siglo XVIII, quienes a la hora de estudiar las conductas punitivas acudían generalmente a criterios casuísticos.

## III. La construcción de los alcances de los delitos de robo y hurto en el último cuarto del siglo XVIII

En un reciente trabajo, José Sánchez Arcilla, estudia cómo durante los siglos bajo medievales se había producido *una paulatina identificación de las antiguas figuras criminales del «robo» y del «hurto» en una sola conceptualización que logra prolongarse durante la Edad Moderna pese a lo normado en el texto alfonsino.*

Afirma el autor que citamos, cómo en la normativa de las *Siete Partidas*, siguiendo la tradición romana, el «*furto*» o hurto era «*malfetria que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin plazer de su señor, con la intención de ganar el señorío o la posesión, o el uso de ella*».

Rasgo que ceñía el hurto a la cosa mueble que además debía ser tomada «*sin plazer de su señor*»; es decir sin su consentimiento y procurando además el enriquecimiento del furtador.

Tampoco importaba la cuantía del robo porque lo que debían analizar los juzgadores era la voluntad del que cometía el delito y no la mucha o mezquina suerte que le había acompañado al apoderarse de lo que no le pertenecía.

La importancia de la distinción residía en la pena pecuniaria que en el robo era de tres tanto y en el hurto, según sea encubierto o manifiesto del dos o cuatro tanto. Se sumaba a ello que la acción penal por robo prescribía al año, en tanto la del hurto no prescribía <sup>2</sup>. Un tratadista del siglo XVIII, José Marcos Gutiérrez, razonaba por su parte: «*Entendemos por robo lo mismo que hurto, como quiera que sea*» <sup>3</sup>.

Las Partidas, de acuerdo con su tradición romanista, contemplaron la distinción entre el hurto *manifiesto* y el «*encubierto*».

La oportunidad o no, de su disimulo u ocultación configuraba uno y otro supuesto.

El hurto manifiesto tenía lugar «*quando al ladrón fallan con la cosa furtada, en ante que la pueda esconder en aquel lugar de la cuida llevar; o fallándolo en la casa a do fizo el hurto, o en la viña con las uvas furtadas, o en el árbol con las olivas, que lleuaba a furto, o en otro lugar qualquier que fuese preso, o fallando, o visto con la cosa furtada, quier que lo falle con ella aquel a quien la furto, u otro qualquier*». Es decir, cuando es apresado, encontrado o hallado al ladrón con la cosa hurtada o se le encuentra en el lugar de la transgresión.

A contrario sensu, el «*furto encubierto*», «*es todo furto que ome faze de alguna manera ascondidamente, de guisa que non es fallado, nin visto con ella, ante que la esconda*».

Para su punición, las Partidas establecieron pena corporal, penas de vergüenza y sanciones económicas.

El delito se agravaba si era cometido en los caminos, siendo lícito en estos casos imponer la pena máxima.

Más tarde, se advirtió la imposibilidad que tenían los reos de *furtos* de afrontar las condenas económicas, por lo que se establecieron penas sustitutivas.

Hasta 1522, la comisión del primer hurto se castigaba con la aplicación de penas de vergüenza pública y pago de las setenas, es decir siete veces el valor del bien hurtado; en caso de reincidencia, el segun-

<sup>2</sup> Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio: Ley 3 del Título 13, Partida 7.

<sup>3</sup> José Marcos GUTIÉRREZ: *Práctica criminal de España*, Madrid, 1828, t. III, pág. 82.

do hurto era penado con pena de vergüenza y años de servicio en las galeras, en tanto la pena capital se reservaba al tercer hurto cometido por la misma persona <sup>4</sup>.

Como bien ha estudiado el doctor Sánchez Arcilla Bernal, el derecho romano había distinguido el *furtum* de la *rapina*, por lo que los redactores de las Partidas conservaron esa conceptualización.

En efecto, en el Título XIII de la Séptima Partida y, en consecuencia, antecediendo sistemáticamente al hurto, se definió el robo como «*una manera de mafetria que cae entre furto e fuerça*».

Sostiene Sánchez Arcilla que la ubicación del texto no es casual y se explica por el hecho de que ya en títulos anteriores se habían tratado las «*fuerças*» y, tal como reza la propia definición antes transcrita, el robo se consideraba una conducta criminal intermedia entre las fuerzas y los hurtos.

La identificación entre el robo y la *rapina* romana está fuera de toda duda en la medida en que se dice expresamente que «*rapina en latín: tanto quiere decir en romançe como robo que los onbres fazen en las cosas ajenas que son muebles*».

Los textos legales precisaban luego, qué puntuales conductas configuraban la figura del robo: «*la que fazen los almogavares e los caualleros en tiempo de guerra en las cosas delos enemigos dela fe... La segunda es quando alguno roba a otro lo suyo o lo que leuase ageno, en yermo o en poblado, no auiendo razon derecho porque gelo fazer. La tercera es quando se açiende o se derriba aso ora alguna casa o peligra alguna naue; e los que vieren en manera de ayudar roban e lieuan las cosa que fallan ay*».

De este modo, se concluye que el delito de robo consistía en el apoderamiento público de una cosa mueble en yermo o en poblado, median-do fuerza sobre la persona.

Son estas dos circunstancias -la publicidad y la fuerza- las que determinan que este tipo de hurtos adquiriera entidad propia y se conviertan en «*robos*», categoría criminal -tipo, le llamaríamos en la actualidad-distinta a la anterior.

---

<sup>4</sup> Hasta donde nuestras investigaciones han avanzado, en el análisis de las causas judiciales obrantes en el Archivo trabajado, tal disposición no llega a aplicarse en la jurisdicción en estudio.

Por ello, la sanción del robo difiere sustancialmente de la de los hurtos: «*Contra los robadores es puesta pena en dos maneras. La primera es pecho. Ca el que roba la cosa es tenuto dela tornar con tres tanto de mas de quanto podria valer la cosa robada. E esta pena deue ser demandada fasta un año desde el dia que el robo fue fecho y en ese año no se deuen contar los días que non iudgan los iudgadores e los otros en que aquel quien fue fecho el robo fue embargado por alguna razón derecho de manera que non pudiese fazer la demanda. Mas después que el año pasase no podría fazer demanda en razón dela pena como quier que la cosa robada con los frutos della, o la estimación puede siempre demandar al robador o a sus herederos, asi como de suso diximos. La otra manera de pena es en razon de escarmiento y esta ha lugar contra los onbres de mala fama que roban los caminos o las casas o lugares agenos como ladrones; y esto fablaremos adelante enel titulo delos fueros que se sigue en pos de aquesto*».

La reiteración de la conducta criminal agravaba sustancialmente la aplicación de pena.

Alguna gestión, que se llevó a cabo en la cabecera del imperio, para solicitar la aplicación de *marcas indelebles* en el cuerpo de los ladrones, con el decidido propósito de facilitar al juez el cabal conocimiento de la reiteración, no fue necesario extenderla en Indias, por el alto grado de conocimiento que tenían los indianos de la conducta de sus vecinos.

La experiencia judicial acuñada en la jurisdicción en estudio, arroja los siguientes resultados:

### *Quiénes delinquen y por qué lo hacen*

Los reos de robos y hurtos pertenecen a las capas más bajas de la sociedad, son generalmente, gente de castas cuyas edades están comprendidas, generalmente entre los 20 y 45 años, son vagos sin conchabo conocido o, en el mejor de los casos, con algún empleo esporádico o estacional.

A pesar de la extracción marginal de los reos, no siempre la necesidad extrema justifica su proceder, pues poseen pequeñas majaditas y viven aposentados; es decir, que hay una conducta criminal la del *pícaro* o la del vago consuetudinario, conjugada por una inadaptación al sistema productivo.

Sólo por excepción roban las mujeres, en todos los casos el producto de su rapiña se reduce a objetos domésticos, con preferencia piezas de la indumentaria femenina.

### *Qué se roba y hurta*

Las piezas elegidas que desencadenan la comisión de los delitos de robos y hurtos son objetos domésticos, ropas, artículos suntuarios, ganado, armas y pequeñas sumas de dinero.

No hay en toda la jurisdicción, prácticamente, hurto ni robo de sumas de dinero significativas.

Los objetos suntuarios son, generalmente, dedicados al culto de labrados en plata o en oro, como también alhajas (zarcillos, gargantillas, relicarios, sortijas) arcos y aperos con virolas de plata, etcétera.

Se roban asimismo armas, trabucos, puñales con empuñaduras trabajadas en plata y oro y otras que registran alguna singularidad.

Un género de objetos hurtados con especial predilección está constituido por las piezas del vestuario como también ropa de cama y de abrigo.

Las reses robadas importan la sustracción de cabezas de ganado vacuno, caballar, bueyes, mulas, ovejas, etcétera.

### *Quiénes intervienen y por qué lo hacen*

La cabeza del proceso que inicia la sumaria, generalmente, se desencadena de oficio por el conocimiento que el magistrado logra reunir, de los hechos delictivos ocurridos, a través de los testimonios brindados por los vecinos afectados.

Estos mismos vecinos, son a su vez, los que auxilian eficazmente al juez comisionado o al alcalde de la Santa Hermandad a perseguir al reo y por último, son ellos mismos quienes deponen como testigos en las sumarias.

Intervienen asimismo, entre otros, el *regidor defensor de pobres*, el *fiscal*, el *asesor letrado* designado siempre, este último, por el magistrado de la causa. No faltan asimismo las causas elevadas para el conocimiento de la Audiencia.

Los fallos se ajustan estrechamente al parecer del asesor letrado y en ocasiones lo hacen expresamente suyo.



Así ocurrió en la causa labrada contra Juan Narciso Sosa por el delito de robo pronunciada por el alcalde ordinario de segundo voto, Marcelino Moyano el día 26 de agosto de 1795 que disponía: «*Fallo: Atento al mérito de los autos, y a lo que de ellos resulta, con fomándome en todas y cada y una de sus partes que contiene el dictamen dado por el preferido profesor del Derecho don Carmen María de Aguirre que debo declarar y declaro que la parte fiscal ha probado bien y cumplidamente lo que probar le convino y que el reo Narciso Sosa no ha probado sus excepciones como debido y en su consecuencia le condeno a que sufra la pena arbitraria de cien azotes y paseado por las calles publicas montado en un jumento y en la de cuatro años de presidio a ración y sin sueldo en uno de los de esta provincia que no quebrantara con apercibimiento de esta pena doblada por otros años mas en cualquier tiempo que lo execute en otro que sea mas estricto y de mas seguridad como en todas las costas de estos autos*»<sup>5</sup>.

La novedad que importaba la sentencia es el expreso reconocimiento de las fugas de los reos, *quebrantando las prisiones*, circunstancia que caracterizaron la debilidad de las prisiones de la jurisdicción en estudio, premisa válida tanto para la cárcel capitular de la ciudad como para los presidios de frontera.

Conocedor de esta realidad, el mismo juez duplicaba la pena.

Esto se debe a la responsabilidad de los magistrados en virtud de la Real Cédula del 22 de septiembre de 1798 que disponía que los jueces legos no eran responsables de las providencias que dictaban cuando lo hicieran, conformándose con la opinión del abogado consultado quien asumía, por su parte, la responsabilidad que traía aparejada la resolución cuando hubiese dictaminado sin arreglo a derecho.

#### **IV. El rigor formulario y las instancias procesales**

En el entramado de los pleitos por robos y hurtos se erige como fundamental la prueba confesional y la testimonial.

---

<sup>5</sup> A.H.P.C. Año 1795. Criminales Legajo 67 Exp. 1.

Es notable el elevado número de testigos que comparece en el labrado de cada sumaria.

Los testigos comparecen a prestar su testimonio porque realmente conocen los motivos de la detención del reo, en ocasiones porque él mismo se lo ha confiado o lo saben por la *pública fama* de éste.

El acusado confiesa su delito, puede negar alguna circunstancia que le imputan los testigos o le achaca el magistrado pero en casi la totalidad de las causas, examinada su confesional, admite la acusación formulada en la cabeza de la sumaria.

Así ocurrió en la causa caratulada *Juan Luna por ladrón y otros delitos* sustanciada en 1795, donde el magistrado interviniente fundamentó su pronunciamiento en la *llana confesión del reo Pedro Juan Luna* que en su parte resolutive disponía: «*Vistos con la llana confesión en varios excesos del reo, Pedro Juan Luna, se le condena a éste en la pena de veinticinco azotes que se le darán privadamente en la Real Cárcel con precedente permiso del Señor Gobernador Intendente y a seis meses de servicio en las obras públicas a ración y sin sueldo y que cumplido éste, salga conchabado*»<sup>6</sup>.

Asimismo, en los autos *Cejas Victorino y Juan Aguirre por ladrones*, el juez de la causa el 2 de noviembre de 1796 dictó sentencia, argumentando: «*De lo que resulta de la confesión de los reos se condena Cejas a veinticinco azotes y dos años de servicio al Fuerte de Santa Catalina y a Juan Aguirre a un año de cadena veinticinco azotes privados y a ser poblador del Fuerte de las Tunas con encargo al Comandante para que cele sobre su reincidencia*»<sup>7</sup>.

## V. La aplicación de las sentencias

Despojadas, generalmente, de citas legales y doctrinarias, las que en cambio se reproducían con exclusividad en los textos construidos por los asesores letrados, fiscales y defensores de pobres, en ocasiones con la sola invocación de escuetas referencias normativas, el elenco de las sen-

---

<sup>6</sup> A.H.P.C. Año 1795, Legajo 65 Exp. 17.

<sup>7</sup> A.H.P.C. Año 1796, Legajo 69, Exp. 27.

tencias aplicadas por la justicia penal cordobesa en el periodo indicado, registran una fuerte impronta del ejercicio del *arbitrio judicial* que oscila en un amplio abanico de penas que comprende, a su vez:

### *Hurtos y robos*

1. Destierro de 6 años en el presidio de las Islas Malvinas y pago de las costas procesales.
2. Condena al Fuerte del Tío.
3. Expulsión de la ciudad por 8 días.
4. 200 azotes y 10 años de destierro.
  - a. Destierro de 4 años en el presidio de las Malvinas.
5. 100 azotes y 4 meses a la cadena.
6. 200 azotes.
7. Multa de 25 pesos.
8. Destino de 8 meses a la cadena.
9. Destino a las obras públicas por 2 años.
10. Idem 8 meses.
11. Multa de 6 pesos y pago de las costas judiciales.
12. Servicio en la obra pública de la acequia.
13. Presidio por 6 años a trabajar en obras públicas, con grillete y cadena, 200 azotes y 4 años más.
14. Condena a vivir en los bajeles de Su Majestad. En consideración de ser casado se lo destina al Fuerte de las Tunas.
15. 25 azotes y 6 meses de cadena en las obras públicas.
16. Preso a la frontera por tres meses, quedando después como *poblador* en La Carlota.
17. 6 meses de trabajo en la acequia de la ciudad
18. Cadena de 6 meses y 25 azotes y destino como *poblador* a La Carlota.
19. Traslado en *calidad* de poblador a la Villa de Concepción.
20. Exposición a la vergüenza pública y 8 años de presidio.
21. Servicio en los bajeles de Su Majestad por 3 años.
22. Servicio en los bajeles de Su Majestad por 8 años y pagar las costas del proceso.
23. 25 azotes y 1 mes de cadena en las obras públicas.

24. En libertad pero que salga de la jurisdicción.
25. Destino a cadena de un año, debiendo pagar el amo los perjuicios ocasionados por el esclavo <sup>8</sup>.
26. Libertad con obligación de devolver los animales robados (el caso se resuelve por una transacción entre las partes que compone la pena) <sup>9</sup>.
27. Un año de grillete y destino en trabajo público por vía de corrección y no de presidio <sup>10</sup>.
28. Condena al reo separándolo de su lugar habitual de residencia a una distancia de apenas 20 leguas. Es prácticamente un destierro atenuado. Se le impone asimismo al reo la condena de las costas procesales <sup>11</sup>.

### *Abigeato*

El delito de abigeato se penó asimismo con penas arbitrales, entre las cuales fueron las más utilizadas:

1. Destierro por 6 años en el presidio de las Islas Malvinas.
2. Condena al pago del valor de las mulas robadas a los vecinos dueños de ellas y las costas judiciales.
3. Condena a pagar las costas judiciales.
4. Condena de 1 año de trabajo en las obras públicas.
5. Destino por 6 años de *cadena a servir en las obras públicas*.
6. Destino por 1 año de cadena, debiendo pagar los perjuicios causados con sus bienes.
7. Cadena de hasta 2 años.
8. Vergüenza pública, paseo en un jumento con cabezas de ganado colgadas, y servicio en la cárcel por 6 meses.
9. Remisión en calidad de *poblador* al fuerte de Las Tunas y 4 meses de cadenas.
10. Azotes y excarcelación, pasándose oficio al juez, y debiéndose presentar el reo todos los meses, *con papel de conchabo*.

---

<sup>8</sup> A.H.P.C. Año 1786, Legajo 40, Exp. 20.

<sup>9</sup> A.H.P.C. Año 1786, Legajo 41, Exp. 14.

<sup>10</sup> A.H.P.C. Año 1786, Legajo 41, Exp. 27.

<sup>11</sup> A.H.P.C. Año 1798, Legajo 81, Exp. 9.

11. En libertad y ordena el pago de las costas procesales.
12. En libertad, bajo fianza.
13. Transacción, abonando las costas procesales.
14. Servicio a los bajeles de Su Majestad.
15. Condena al pago del ganado mayor robado y las costas del pleito.
16. Cadena de 1 año.
17. Destino a poblaciones de frontera y 1 año a condena en las obras públicas.

## VI. Conclusiones

De este modo se sustanciaron las causas *por robo y hurto* en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, cuya abrumadora abundancia de testimonios en los repositorios documentales los consagra como los delitos cometido con mayor frecuencia en los tiempos indianos.

Las citas legales y doctrinarias contenidas en los largos y elaborados párrafos que presentan los *asesores letrados*, el *fiscal* y el *regidor defensor de pobres*, refieren generalmente a Gregorio López, Covarrubias, Lorenzo Matheu y Sanz, Hevia Bolaños, etcétera, aun cuando quienes suscriben estos textos, generalmente, no son letrados.

El generalizado carácter lego que tenían los auxiliares de la justicia y hasta los propios magistrados no excluía, sin embargo, un conocimiento visceral y profundo del derecho canónico, en virtud de la influyente presencia de la *Universitas Cordubensis Tucumanae*, que desde 1613 venía formando en sus claustros a los graduados de Teología y Artes, como también a los bachilleres en Artes. El proceso se coronaría el 22 de agosto de 1791, con la creación de la Facultad de Jurisprudencia cuya cátedra de Instituta se confiaría al doctor Victorino Rodríguez.

Es dable suponer, además, que la presencia de importantes bibliotecas jurídicas en la ciudad ponía a auxiliares de la justicia en directo contacto con los jurisperitos clásicos, cuyas admoniciones eran vastamente conocidas.

Las citas legales acuden, por su parte, fielmente a los ortodoxos textos de las *Partidas*, el *Fuero Real* y la *Nueva Recopilación* de 1567.

Las penas más frecuentemente aplicadas, de cuyo preciso cumplimiento dan prolija cuenta las notas asentadas en las mismas actas proce-

sales, fueron las condenas a azotes, destierro y penas de presidio en poblaciones de frontera y trabajo en obras públicas de la ciudad.

Las sentencias demuestran así prácticamente la falta de aplicación de la precisa normativa legal sobre el delito que juzga, y el pleno empleo del arbitrio judicial.

Hay, sin embargo, tres casos sobre los que se aplicaron penas máximas:

Estos son los que enuncio a continuación:

El primero es una causa donde se comprueba la autoría del reo en continuos robos y salteamiento de caminos como asimismo forzamiento de mujer viuda y pobre, por todo ello se le impuso a este ladrón consuetudinario la pena de doscientos azotes y diez años de destierro <sup>12</sup>.

En otro caso de salteamiento violento, unido al uso de armas prohibidas (en el caso se utilizó una daga) <sup>13</sup> se impuso igual pena; como asimismo en un tercer caso que reproduce esta conducta de ladrón múltiple, unido a la circunstancia de haber resistido a la justicia <sup>14</sup>; se impone la pena de doscientos azotes.

En los tres casos que comento, la sentencia se aplicó sin que mediase modificación alguna del Tribunal de la Audiencia, adonde los tres autos fueron remitidos en toma de conocimiento y uno de ellos en recurso de apelación.

En las actuaciones labradas en los tres expedientes citados *ut supra*, consta en proveído, que se ejecutaron las sentencias de azotes en los términos que ordenaron los pronunciamientos dictados.

---

<sup>12</sup> A.H.P.C. Año 1778, Legajo 33, Exp 6.

<sup>13</sup> A.H.P.C. Año 1783- 84 , Legajo 37, Exp. 28.

<sup>14</sup> AH.P.C. Año 1792, Legajo 55, Exp. 36.

## **LA GENERACIÓN DEL 37 Y LA REVISTA LA MODA \***

por OLSEN A. GHIRARDI

---

\* Conferencia pronunciada en sesión privada el 24/6/03. Este trabajo fue publicado en el libro *Homenaje a la Constitución de 1853*, p. 181.





# **EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN «PROVINCIA DE SAN LUIS» Y EL CAMBIO DE LA JURISPRUDENCIA CONVALIDATORIA DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA**

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (H.) \*

**SUMARIO:** I. El caso. II. El dictamen del procurador general Dr. Nicolás E. Becerra. III. El fallo de la Corte. IV. Nuestras reflexiones sobre el fallo.

## **I. El caso**

Este caso: «San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional a/ Acción de amparo» (S.173.XXXVIII. originario) fue iniciado por la Provincia de San Luis en contra del Estado Nacional, del Banco Central de la República Argentina y del Banco de la Nación Argentina, en razón de depósitos a plazo fijo que fueron incluidos en el denominado «corralito» y no abonados a su vencimiento.

La Provincia demandante reclamó la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del decreto de necesidad y urgencia 214/02, del art. 3º de su similar 320/02), del decreto 1570/2001 y del art. 2º del mencionado 214/02, en cuanto dispuso convertir a pesos los depósitos en dólares a

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la U.N.C., académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Constitucional. Conferencia pronunciada en sesión privada el 12/8/03.

un valor de U\$S 1 = \$ 1,40 y, en consecuencia, la devolución de los plazos fijos en la misma moneda en que fueron impuestos o en pesos correspondientes a su valor en el mercado libre de cambios.

Fundamentó la inconstitucionalidad del corralito financiero y de la pesificación compulsiva en la violación de los arts. 14 y 17 C.N. y el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Expresó además que no se restringió con razonabilidad el derecho de propiedad en razón de la emergencia, sino que se lo aniquiló y que los obstáculos para disponer de los recursos representaron un acto normativo del Estado Nacional que atentó contra el normal desenvolvimiento del gobierno de la provincia, con violación de la garantía federal y la autonomía provincial.

Luego del dictamen del procurador general de la Nación, Dr. Nicolás Eduardo Becerra, producido el 18 de septiembre de 2002, la Corte Suprema finalmente dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2003, con voto mayoritario del presidente Nazareno (según su voto) y los ministros Moliné O'Connor, Fayt (según su voto), Vázquez (según su voto) y López y voto minoritario en disidencia de los ministros Belluscio, Boggiano y Maqueda.

En definitiva, se hizo lugar a la acción de amparo y se declaró la inconstitucionalidad del plexo normativo que estableciera el corralito y la pesificación, en lo que constituye una de las resoluciones más importantes y trascendentes que el alto tribunal dictara en toda su historia.

## **II. El dictamen del procurador general Dr. Nicolás E. Becerra**

Este dictamen, sólidamente fundado, debe ser comprendido y valorado por su especial relación con nuestra forma federal de Estado, dado que en la causa fue una provincia la que demandó al gobierno federal.

Por ello, en cuanto al procedimiento, el procurador sostuvo la misma solución que la Corte, o sea la aplicación del trámite conciliatorio del art. 36 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial y sostuvo que «La Corte ha venido actuando, entonces, cuidadosamente tratando de resguardar los dos valores en juego: por un lado, el funcionamiento del sistema financiero en su conjunto y, por el otro, el derecho de propiedad de la provincia actora».

También destaca el dictamen que en este caso existe una relación especial de Estado a Estado, pues «la situación de autos es por demás distinta de cualquier otra que se relacione con los depósitos a plazo fijo de un ahorrista particular y así lo ha entendido no sólo el Estado Nacional al fijar las respectivas reglamentaciones sino también V.E. a lo largo de la presente tramitación, según se verá en adelante.

En efecto, el Estado Nacional ha reconocido al Estado provincial, y éste la aceptó, una relación especial, de Estado a Estado». Posteriormente el procurador general sostiene que la Corte debe intervenir en virtud del art. 127 C.N. para dirimir este conflicto interestatal

Al respecto, dice el dictamen: «Aquí se aprecia que la cuestión que en el *sub examine* se analiza no puede ser circunscripta dentro de los límites y los alcances de una simple contienda judicial entre la Provincia de San Luis y el Estado Nacional, sino antes bien debe ser encarada por el Superior Tribunal de manera ineludible utilizando el instrumento adecuado que le otorga la Constitución Nacional, en su carácter de custodia último de ésta.

Para ello tengo en cuenta que esta controversia puede afectar sustancialmente la esencia del sistema federal, uno de los pilares de nuestra Ley Fundamental, por lo que la Corte debe garantizar la tarea que le fue encomendada: ser prenda de unión, paz interior y bienestar general.

Es en este orden de pensamientos que, en mi opinión, deben extremarse los cuidados en tanto -como ya dijera- los intereses en juego denotan una situación de gravedad institucional que pone en peligro no sólo la integridad de la provincia sino la de la Nación toda. En aras de encontrar una respuesta que tienda al bien común y al mantenimiento de la vida pública de las partes en el pleito, el agotamiento de todos los medios posibles para llegar a una solución no es en vano, debiendo tener en claro las partes aquí encontradas, que son parte de una misma Nación y que una solución en común a sus pretensiones importará más a sus intereses que la satisfacción de sus solicitudes primarias.

Como expresara Juan Bautista Alberdi, «*El gobierno federal no es el bien de una provincia: es el negocio de todas juntas y de cada una. El gobierno federal no es un gobierno ajeno a las provincias; es un gobierno tan peculiar y propio de las provincias, como el local de cada una. Lo que hay es que lo forman todas juntas, en lugar que el otro es obra aislada de cada una. Entre los dos se completan, y los*

*dos forman el poder íntegro y total de las provincias argentinas» (Juan Bautista ALBERDI, *Derecho público provincial argentino*, segunda parte, & VII, citado por Segundo V. LINARES QUINTANA en *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Plus Ultra, t. 9, págs. 806/807).*

Y seguidamente indica: «*Corresponde, pues, dirimir el presente pleito, armonizando y resguardando los derechos de ambas partes: por un lado, evitando que se prive al gobierno federal de tomar las medidas que se consideren apropiadas para conjurar la gravedad de la situación económica, financiera y social en la que se encuentra inmersa la República en tanto las mismas sean razonables para que, por otro lado, proteja sustancialmente los derechos y garantías constitucionales, en especial el derecho de propiedad, de la Provincia de San Luis*».

### III. El fallo de la Corte

Luego del rechazo de las excusaciones de los ministros Moliné O'Connor y Fayt y de la recusación efectuada al ministro Maqueda por los ahorristas y con la abstención del Dr. Petracchi, la Corte sentenció el caso, con votos de mayoría y de minoría, según lo expresáramos anteriormente.

Analizaremos los que estimamos principales acápites del extenso fallo que tiene 55 considerandos, que corresponden en su casi totalidad a los del voto del presidente Nazareno.

Desde ya adelantamos que al no transcribirse la sentencia, nos vemos obligados a consignar algunas de sus partes, para su mejor conocimiento y comprensión.

#### 1. Los argumentos de los demandados

La Corte así sintetizó dichos argumentos en el considerando 11: «Que los fundamentos para defender el plexo normativo consisten sustancialmente en: a) la provincia se encuentra excluida de la reprogramación relativa a la devolución de las imposiciones bancarias; b)

las cuestiones de emergencia que determinaron el dictado de las normas y que son el fundamento de legitimidad del plexo normativo que se debe examinar; c) la presunción de legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia; d) la modificación de las circunstancias jurídicas y fácticas posteriores al pronunciamiento de esta Corte en el conocido caso «Smith»; e) la no vulneración de derecho patrimonial alguno sino su reglamentación en virtud de la situación de crisis y necesidad pública existente; f) la irrelevancia, a los efectos de la decisión de este caso, de las disposiciones contenidas en la ley 25.466, dado que, según sostiene, dicha normativa no puede crear una situación inmutable al dictado de leyes de emergencia; g) la necesidad de evitar corridas bancarias; h) el poder de policía del Estado para tomar medidas excepcionales; i) la convalidación por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica de leyes de emergencia en materia hipotecaria y la necesidad de responder a situaciones particulares con decisiones particulares; j) la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional; k) las situaciones que llevaron a la peor crisis de la historia argentina en los últimos cien años; l) la iliquidez del sistema financiero que impide responder en forma inmediata a la devolución de los depósitos».

## *2. Admisibilidad del amparo*

Sobre esta cuestión de especial importancia, se expresa en el considerando 12: «Que si bien es cierto que la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (Fallos 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308: 155; 311:208, entre otros) a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos: 323:2519, considerando 5), circunstancias que se configuran en el caso....».

### 3. Ratificación del precedente fallo «Smith»

Posteriormente, el tribunal analiza la normativa que se fue dictando en torno al «corralito» a partir del decr. 1570 y en especial, la ley de emergencia 25.561, concluyendo en la ratificación del conocido fallo de la Corte Suprema del 1º de febrero de 2002 en el caso Smith. En efecto, dice el considerando 17: «Que el examen de la validez constitucional del plexo normativo hasta aquí enunciado ha sido objeto de pronunciamiento por esta Corte en la causa «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: ‘Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional’» (Fallos 325:28) y voto concurrente del juez Fayt, cuyos fundamentos no han sido rebatidos por elementos de juicio idóneos para alterar las conclusiones a que allí se ha arribado, por lo que corresponde estar a la declaración de inconstitucionalidad decidida en dicho precedente al que cabe remitir, en lo pertinente, *brevitatis causæ*.....».

### 4. Las consecuencias producidas por el decr. 214/02 en los ahorristas

Luego, la Corte comienza el análisis del decr. 214 de pesificación, en relación específica a los ahorristas, destacándose el siguiente considerando: «20) Que ha de puntualizarse, en primer término, que se encuentra en debate la constitucionalidad de un aspecto del complejo régimen jurídico que modificó sustancialmente la política monetaria seguida por el Estado durante varios años, parte del cual fue objeto de examen por este tribunal en la causa «Smith» citada.

Aunque en el *sub lite* no se cuestiona la totalidad del nuevo sistema legal vigente, sino aquellas normas que regulan la restitución de los depósitos bancarios, no puede obviarse que esas disposiciones forman parte de un plexo dispositivo de vasto alcance. Desde esa perspectiva, resulta evidente que compete a la decisión de los poderes políticos del Estado la formulación de esas líneas gubernamentales y que a este tribunal sólo le cabe confrontar el ajuste de tales normas con la Constitución Nacional, sin que de ese control resulte valoración de dichas políticas ni -menos aún- adopción de medidas sustitutivas o complementarias del accionar de las otras ramas del gobierno.

Tampoco cabe responsabilizar a los depositantes por una política económica y financiera concebida y ejecutada por el poder público estatal. Decisiones de esa índole frecuentemente benefician a un sector de la población, pero son de incidencia neutra o negativa para otro, pues es difícilmente concebible que una línea gubernamental satisfaga los intereses de todos los habitantes del país (Alexander Hamilton, James Madison y Jon Jay, *The Federalist*, N° 10, Penguin Books, New York, 1987, pág. 11). La clave del sistema representativo consiste, principalmente, en armonizar las necesidades generales con la escasez de los recursos disponibles, lo que hace, esencialmente, a las funciones del Congreso Nacional. No cabe juzgar, por consiguiente, a quienes se acogieron a un sistema legal vigente durante aproximadamente diez años y celebraron operaciones comerciales y financieras dentro de él, sino determinar si el abrupto cambio de esa política estatal se efectuó dentro de los márgenes constitucionalmente aceptables para la validez de tales decisiones y, en caso de que ello no ocurriese, resolver la controversia de modo compatible con el marco jurídico en que aquélla se configura y la crisis en que se inserta.

En tal sentido, resulta excesiva toda consideración que refiera a meras variables económicas la solución del litigio, ya que mientras el Estado Nacional mantuvo vigente la paridad del peso con el dólar, fue lícito que se constituyeran depósitos bancarios en una u otra moneda, tuviesen o no los billetes de la divisa extranjera, pues las operaciones de conversión de moneda son propias de toda transacción bancaria, al valor que resulte del mercado o de las decisiones estatales que rigen el punto. El abandono de esa política por parte del poder público y las consecuencias que esa decisión proyecta en las relaciones jurídicas, del modo con que fue adoptada, es lo que motiva los miles de litigios similares al presente y lo que exige el examen del nuevo plexo normativo en orden a su correspondencia con la Ley Fundamental.

Cabe señalar que cada ahorrista, al imponer su plazo fijo, pudo optar por efectuar una operación de cambio, retirando los dólares a fin de atesorarlos o depositarlos a plazo fijo, para desvirtuar la tesis de que aquéllos concretaban operaciones meramente ficticias. El argumento de que los dólares eran ficticios no puede utilizarse para favorecer al banco en la relación jurídica *sub examine*: si el banco efectivamente carecía de los dólares correspondientes a la operación para afrontar su pago, la responsabilidad por las consecuencias de esta circunstancia debe recaer sobre éste, no sobre el depositante, ajeno a la realidad interna de la institución (art. 902 C.C.).

### *5. Las consecuencias de la pesificación asimétrica y la solución en este caso solamente del problema de los ahorristas*

La sentencia se refiere luego a las consecuencias de la pesificación asimétrica, precisando que el alcance de este fallo sólo se aplicará a la situación de los ahorristas.

Expresa en tal sentido el considerando 21: «Que el rasgo más saliente del sistema *sub examine* es la notoria asimetría en el tratamiento de las situaciones que regula, lo cual -a su vez- torna inequitativo dar aquí una solución jurídica homogénea y uniforme a todas las hipótesis abarcadas por la norma. Por ello, todo lo que aquí se considere y decida quedará circunscripto exclusivamente a la situación planteada en este pleito, en el que se encuentra en juego la validez del art. 2º del decr. 214/02, sin que sus efectos puedan proyectarse, sin más, a los otros supuestos cuyas particularidades serán examinadas por este tribunal en la medida en que arriben a sus estrados, para resolver conforme corresponda en cada caso. Ello es así pues, de lo contrario, se correría el riesgo de provocar respuestas inicuas, que sólo contribuirían a ahondar aún más la desorientación provocada tanto por la deficiente técnica legislativa que se vislumbra en las disposiciones bajo examen, las cuales han generado una profusión de normas sobre la materia que, más que propender a la fijación de pautas claras, han provocado un inédito y prolongado estado de incertidumbre (conf. considerando 9 de la causa «Smith», ya citada), que aún no ha sido disipado».

### *6. La posible aplicación de la doctrina de los actos propios*

Después el fallo se refiere a una situación hipotética -que para nosotros altera la claridad del discurso jurídico desarrollado- vinculada a la posible aplicación de la doctrina de los actos propios, que como veremos posteriormente, nos plantea dudas y objeciones. Sostiene el considerando 22: «Que en el mismo orden de consideraciones, es menester señalar que la decisión que aquí se adopta carecerá de virtualidad en el supuesto de que la situación jurídica de la depositante se modificase o consolidase en virtud de la normativa cuestionada. Ello es así pues, si se configurase alguna de esas hipótesis, resultaría de aplicación la doctrina de este tribu-



nal según la cual el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (confr. Fallos 255:216; 279:350; 290:216; 297:236; 310:1623, 2117; 311:1695 y 1880; 316:1802; 317:524, entre muchísimos otros; así como las previsiones de los arts. 724, 725 y concordantes C.C. y 17 C.N.)».

### *7. La confirmación de la jurisprudencia anterior sobre los límites de la emergencia*

El fallo después comienza el análisis del decr. 214 en relación con la ley de emergencia 25.561 y confirma la jurisprudencia clásica de la Corte sobre los límites de la legislación de emergencia, en cuanto a la razonabilidad, limitación temporal y no afectación de la esencia de los derechos individuales. Expresan al respecto los considerandos: «23) Que la norma impugnada en el caso, ha sido dictada con base en la situación de emergencia declarada por la ley 25.561. En relación con el fundamento de las normas de emergencia y sus condiciones de validez, esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse recientemente en el ya referido caso «Smith» (Fallos 325:28) y en la causa T.348.XXXVIII «Tobar, Leónidas c/ E.N. M° Defensa - Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo ley 16.986» (sentencia del 22 de agosto de 2002), lo que exime de reiterar aquí los conceptos allí vertidos. Sin perjuicio de ello, no es ocioso recordar, como lo ha puntualizado desde antaño el Tribunal, que la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato (Fallos 243:467; 323: 1566, entre muchos otros). De ahí que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares (confr. causa «Smith»); y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia».

«24) Que esta Corte ha justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos (Fallos 172:21; 238:76; 243:449 y 467; 264:344 y 269:416). Y aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquéllas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad, por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior».

#### *8. El alcance de la revisión judicial en torno del decr. 214/02*

Sobre esta cuestión tan significativa, dice el considerando 25: «Que el ejercicio del control de constitucionalidad con relación al decr. 214/02 exige examinar, en primer término, si la norma fue dictada dentro del ámbito de las facultades que le competen al Poder Ejecutivo Nacional». En efecto, decidir «... si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución» («Baker v. Carr», 369 U.S. 186, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2<sup>nd</sup>, 663, 1962).

De tal modo, la facultad de revisión judicial encuentra su límite en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado, pues la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos 254:43; 321:1252, entre otros)».

#### *9. Las dos fuentes constitucionales disímiles del decr. 214/0*

Inmediatamente después, el fallo señala las dos fuentes constitucionales disímiles que menciona este decr. 214, lo que también sirve para descalificarlo por esta razón, además de las otras que oportunamente

señaláramos <sup>1</sup>. Indica el considerando 26: «Que debe tenerse en cuenta que en los considerandos del decr. 214/02 se invoca la situación de emergencia declarada por la ley 25.561, no obstante lo cual el último párrafo de ese texto expresa que las medidas se adoptan «en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional».

«La simultánea apelación a dos fuentes disímiles para el ejercicio de tales atribuciones impone determinar si éstas son compatibles y, en su caso, cuál es su respectivo ámbito de aplicación»

#### *10. La imposibilidad de utilizar en este caso las dos fuentes de decretos*

Aquí la Corte avanza en un análisis inédito en el derecho judicial argentino sobre la posibilidad o no del Poder Ejecutivo de ejercitar ambos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, en el caso de una declaración de emergencia efectuada por el Congreso.

Esta interpretación constitucional de notable trascendencia, se realiza en los siguientes considerandos: «27) Que la ley 25.561, en su art. 1º declaró, «con arreglo a lo dispuesto en el art. 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», las que fueron indicadas a continuación en cuatro incisos».

«Conforme con dicho marco legislativo, el Poder Ejecutivo Nacional quedó sujeto a múltiples limitaciones en el ejercicio de las facultades delegadas, ya que el Congreso de la Nación fijó el ámbito de la emergencia en que serían ejercidas (materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria), su duración temporal (hasta el 10 de diciembre de 2003) y los cometidos a satisfacer mediante su cumplimiento (reordenamiento del sis-

---

<sup>1</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), *Las emergencias y el orden constitucional. La inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, págs. 107/112.

tema financiero, bancario y cambiario; reactivación de la economía, mejoramiento del nivel de empleo y de distribución de ingresos; condiciones para el crecimiento económico sustentable, compatible con la reestructuración de la deuda pública; reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario)».

«28) Que en los considerandos del decr. 214/02, después de mencionar la emergencia declarada por la ley citada, el Poder Ejecutivo puso de manifiesto la necesidad de preservar determinados ámbitos dentro de ese contexto, especialmente en lo relativo a la paulatina normalización del sistema financiero y de la actividad económica. Para ello, estimó ineludible mantener las restricciones a la disposición de fondos, evitar la concurrencia masiva de los ahorristas a los tribunales y -entre otras medidas- aumentar y reforzar las atribuciones del Banco Central.

En el marco descripto, resulta claro que el Poder Ejecutivo ponderó diversas fases de la crisis y varias alternativas para su superación, pero es también evidente que no invocó una nueva situación de emergencia, diferente de la reconocida y declarada por el Congreso en la ley 25.561 y sobreviniente a la situación fáctica allí contemplada».

«29) Que es inherente a los complejos fenómenos sociales y económicos que caracterizan la emergencia, la movilidad y alteración de su configuración, que podrá conducir a su agravamiento -quizás temporario- o a sentar las bases para su solución.

Esas contingencias no modifican su sustancia, en tanto no cambie el contexto que le dio origen o se combinen con él factores extraños que la desdibujen o modifiquen de modo sustancial. Ello no ha ocurrido en el *sub lite* y en los considerandos del decr. 214/02, el Poder Ejecutivo no invocó ninguna circunstancia ajena a la situación contemplada por el Congreso al dictar la ley 25.561.

En tales condiciones, ha de concluirse que, más allá de la pertinencia de acudir a las facultades previstas en el art. 99 inc. 3 C.N. para dictar las medidas cuya constitucionalidad se examina, el Poder Ejecutivo no ha ejercido sus atribuciones fuera del ámbito de la emergencia declarada por el Congreso Nacional.

Por ende, las limitaciones establecidas en el art. 1º de la ley 25.561 resultan aplicables a su desempeño y, en consecuencia, también las pautas a las que el Poder Legislativo sometió la delegación de sus facultades, tal como lo establece el art. 76 de la Ley Fundamental».

«30) Que una solución contraria a la indicada, importaría admitir una nueva y sobreabundante declaración y regulación de emergencia, superpuesta a la declarada por el Congreso y carente de utilidad, salvo que constituyese un arbitrio para eludir el marco fijado por la delegación de sus facultades legislativas, lo que no resulta admisible.

En resumen, conceptualmente resulta concebible tanto que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia (art. 76 C.N.), como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí, en el marco reglado por el art. 99 inc. 3 de la Ley Fundamental.

Pero lo que no es procedente es que, frente a una delegación -como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561-, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él.

La delegación que la Constitución permite, exige que sea ejercida «dentro de las bases...que el Congreso establezca» (art. 76). La sanción de la ley 25.561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarla, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3 de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional».

### *11. La discordancia entre la ley 25.561 y el decr. 214/02*

La sentencia luego profundiza el estudio de la desvirtuación de la ley de emergencia 25.561 por parte de este decreto dictado por el Poder Ejecutivo.

Aparece aquí la importancia del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema, ante la evidente defeción del Poder Legislativo en el cumplimiento de su deber de controlar al poder delegado<sup>2</sup>. Expresan al respecto los considerandos: «32) Que, bajo esa óptica, corresponde verificar la regularidad en el ejercicio de las facultades delega-

---

<sup>2</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., págs. 48/56.

das en favor del Poder Ejecutivo, confrontando el ajuste de las decisiones impugnadas con las bases establecidas por el Congreso de la Nación, como lo impone la Constitución Nacional.

El art. 6° de la ley 25.561 constituye el centro normativo de esas bases de la delegación y textualmente establece que: ‘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 decr. 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras’.

Según se advierte, el Congreso fijó una pauta precisa, que fue desatendida por el Poder Ejecutivo Nacional al dictar el decr. 214/02. El Poder Legislativo, conforme al texto legal, sólo lo había habilitado a actuar para afrontar la crisis, con la limitación de preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decr. 1570/01, operaciones entre las que estaban expresamente incluidos los depósitos realizados en moneda extranjera».

«33) Que, al apartarse de ese marco, el Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos en los arts. 3°, 4°, 5°, 6°, 15, 19 y 21 de la ley 25.561, pues esas disposiciones no proporcionan sustento legal para alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real. En todo caso, según dicha normativa, existe la posibilidad de reprogramar las obligaciones originarias de «modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero» (arts. 6°, 5° párr., ley citada)».

«34) Que cabe puntualizar al respecto que la legislación de referencia sólo ha permitido la pesificación de las deudas «con» el sistema financiero -y no «del» sistema financiero- que se indican en forma taxativa en el segundo párrafo del art. 6° de la ley 25.561. De tal modo, se han transformado en pesos según una relación de cambio de un peso-un dólar, los créditos hipotecarios, los de construcción, refacción y ampliación de vivienda, los personales, los prendarios para adquisición de automotores y los créditos de pequeñas y medianas empresas; pero a la vez se ha establecido una importantísima limitación, pues la reestructuración «sólo» es posible «en deudas con el sistema financiero cuyo importe en origen no fuese superior a U\$S 100.000».

Esas disposiciones traducen la adopción de una política económica selectiva respecto de quienes habían efectuado determinadas operaciones bajo el régimen anterior, que no se refleja paralelamente en el tratamiento de las deudas «del» sistema financiero con los ahorristas.

No cabe atribuir ese efecto a la simple autorización -incluida en la misma norma legal- para adoptar «medidas compensatorias» que eviten desequilibrios en las entidades financieras como consecuencia de la pesificación antes dispuesta, como lo revela la mención a la posible emisión de títulos del gobierno nacional en moneda extranjera, garantizados. Antes bien, ello es indicativo de una política destinada a incluir al Estado en la solución de las decisiones adoptadas en materia de pesificación asimétrica, y no de hacer recaer sobre el sector de los depositantes, en principio ajeno en su causa y en sus efectos a esa disparidad, el soporte económico de las consecuencias de la opción gubernamental».

«35) Que cabe concluir, por lo expuesto, que en exceso de las facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con apartamiento de lo dispuesto por la ley 25.561 y con una relación entre la moneda nacional y las divisas que no refleja el valor del capital originariamente depositado.

Esa falta de concordancia entre la ley mencionada y los ulteriores decretos del Poder Ejecutivo Nacional se patentiza aún más cuando se advierte que dicha ley no había derogado, sino que sólo había suspendido, la vigencia de la ley 25.466, en cuanto disponía la intangibilidad de los depósitos, y únicamente había autorizado el aplazamiento de los pagos que, según las previsiones de los arts. 617 y 619 del Código Civil y de la ley 25.466, debían hacerse en determinada moneda al 3 de diciembre de 2001».

## *12. La incorrecta comparación con la jurisprudencia norteamericana*

Asimismo, el fallo descalifica el argumento utilizado al intentar asimilarse esta situación con la ocurrida en los Estados Unidos, con una legislación del Congreso sancionada en 1933, que diera origen a una jurisprudencia de su más alto tribunal.

Dice el considerando 36: «Que cabe recordar, asimismo, la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso «Perry v. United States» (294 US 330), resuelto en 1935, durante la «Gran depresión», cuando Estados Unidos abandonó el estándar del oro como forma de determinar el valor de su moneda. La referencia es obligada, porque se ha sostenido que este fallo apoya la «pesificación», en la forma aquí legislada por el decreto 214/02. No es así. En primer lugar, porque al referirse a un título público, el deudor era el gobierno de los Estados Unidos, lo que diferencia el caso sustancialmente del presente. En segundo lugar, porque no autoriza al deudor (el Tesoro estadounidense) a autoliberarse, como Estado, del compromiso asumido. En el caso, el actor, reclamaba al gobierno de Estados Unidos, por un bono público que éste había emitido, en razón de una cláusula que sostenía que el capital ‘es pagadero en moneda de oro de los Estados Unidos del actual estándar de valor’. Reclamaba la diferencia en moneda de curso legal por el monto mayor al valor nominal del bono, a raíz de que el Congreso, mediante una resolución conjunta de ambas cámaras, había derogado la cláusula oro en todas las obligaciones, considerando que esas cláusulas ‘obstruían la facultad del Congreso de fijar el valor de la moneda en los Estados Unidos’ (Joint Resolution of June 5, 1933, ch. 48, 48 Stat. 112).

Al resolver, la Corte norteamericana concluyó que la norma cuestionada, que declaraba contrarias al orden público las obligaciones con cláusulas oro del Estado con los particulares, excedió los límites que el Congreso tenía en la materia. El tribunal señaló «... Estados Unidos de América está tan ligado por sus contratos como lo están los particulares. El repudio de sus obligaciones equivale a la negativa de cumplir con lo pactado, con la connotación negativa y el reproche que ese término implica, del mismo modo que lo sería si el incumplidor hubiera sido un estado, un municipio o un ciudadano [...] Cuando Estados Unidos de América, con autoridad constitucional, celebra contratos, tiene derechos e incurre en responsabilidades similares a las de aquellos que son parte de dichos instrumentos [...] el puntual cumplimiento de las obligaciones contractuales es esencial para el mantenimiento del crédito de los deudores tanto públicos como privados [...] La Constitución le da al Congreso el poder de tomar dinero prestado sobre el crédito de la Nación. Un poder no calificado, un poder vital para el gobierno sobre el cual, en una situación extrema, su propia existencia podría depender. La calidad vinculante de



esa promesa asumida por los Estados Unidos es de la esencia de la obligación crediticia contraída. Teniendo el poder de autorizar la emisión de obligaciones públicas para cancelar tales créditos, el Congreso no ha sido investido con facultad para alterar o destruir esas obligaciones...».

Pese a tan categóricos enunciados, el tribunal declaró que era imposible fijar el resarcimiento al actor porque habiéndose prohibido la comercialización de oro en todo el territorio de los Estados Unidos, así como la importación del metal, no podía mensurarse el daño sufrido por el actor, imposibilidad derivada de la inexistencia de un valor de mercado del oro, al estar fuera del comercio, prohibida su tenencia, negociación, exportación e importación, no obstante lo cual se encargó de señalar que «afirmar que el Congreso puede retirar o ignorar la garantía es asumir que la Constitución la considera una promesa vana: una garantía que no tiene otro soporte que la voluntad o conveniencia del deudor».

### *13. La intangibilidad de los depósitos*

Después el fallo se refiere a este tema, que cronológicamente inicia el proceso del «corralito».

Expresa el considerando 37: «Que, por otra parte, cabe poner de resalto que la llamada «intangibilidad de los depósitos» sancionada por la ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobreabundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad. Ello, porque la enérgica redacción de dichas normas revela innegablemente la existencia de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando para lograr ese objetivo un intenso grado de confianza que, en forma casi inmediata, el poder público defraudó con el dictado de las normas aquí cuestionadas. Aun así, es claramente perceptible en la ley 25.561 la continuidad normativa de esa decisión política, dentro de los severos márgenes de la crisis, y su abandono sólo se registra en las normas cuya constitucionalidad aquí se debate.

Resulta una especulación inconducente aventurar si en ausencia de esas disposiciones afirmatorias de la «intangibilidad» de los depósitos, la solución del caso hubiese discurrido por los mismos términos que los aquí examinados, ya que tales normas fueron efectivamente dictadas y no

puede obviarse su aplicación al litigio planteado. En todo caso, conceptualmente la «intangibilidad» se proyectó en el marco legislativo después excedido por el Poder Ejecutivo Nacional, de modo que no perdió su virtualidad para incidir en la solución del caso».

#### *14. La violación del derecho de propiedad*

La sentencia posteriormente resalta las violaciones producidas al derecho de propiedad. Expresan al respecto los considerandos: «38) ... En ese contexto, resulta evidente que lo que aquí se debate no es la equidad de un nuevo tipo de cambio para la moneda extranjera, sino la constitucionalidad de medidas adoptadas por el poder público que alteran en forma sustancial -y de modo diferenciado- las distintas relaciones jurídicas establecidas entre partes, afectando gravemente el derecho constitucional de propiedad y de igualdad ante la ley».

«39) Que, en el orden de ideas precedentemente descripto, ha de concluirse que el poder administrador, al margen de las directivas establecidas por el Poder Legislativo (art. 6º ley 25.561), desconoció *-contra legem-* la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al ordenar su eventual -y postergada- restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder estatal, como parte de un complejo programa de «pesificación asimétrica» cuyo mérito y eficacia no compete a este tribunal ponderar, pero que se proyecta, en el *sub lite*, como un grave agravio al derecho constitucional de propiedad».

«40) Que, desde esta perspectiva, el régimen puesto en tela de juicio ha consagrado contra una ley del Congreso, una grave lesión del derecho de propiedad, pues, como ha expresado Rafael Bielsa, «... *en nuestro sistema el legislador no es el árbitro del derecho de propiedad: puede limitarlo, pero no desnaturalizarlo... Puede fijar el contenido del derecho frente a otros derechos, pero en todo está subordinado a la Constitución... El interés colectivo nada tiene que ver, y menos imperar, sobre las garantías constitucionales, y no se satisface con injusticias sino con los ingresos fiscales o recursos financieros como la Constitución lo dispone*» («El derecho de propiedad en la Constitución, L.L., t. 92, págs. 77/93»).

«41) Que tanto lo precedentemente expuesto, como lo decidido en la causa «Smith» derivan de la razonada aplicación del art. 17 de la Constitución Nacional, en tanto dispone que «La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia firme fundada en ley». Soslayar su vigencia, cualesquiera sean las razones para enervar su recto contenido, importaría retirar a la República del concierto de naciones civilizadas, que contemplan el derecho de propiedad como uno de los pilares del respeto a los derechos inherentes a la persona y que configura una formidable base de impulso para el progreso de las naciones.

Si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (art. 28 Constitución Nacional), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa (Gunther, G., *Constitutional Law*, 13ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1997, pág. 486)».

### *15. La petición de los ciudadanos ante los jueces y la misión de éstos como guardianes de la Constitución*

Destacamos también este interesante considerando donde la Corte hace referencia a los principios del sistema republicano, a la jerarquía de los derechos humanos y a la misión de los jueces en el control de constitucionalidad: «42) Que ha de recordarse también que la Constitución Nacional organiza una república en la que los ciudadanos, que participan de la formación del orden jurídico mediante la elección de quienes sancionarán las leyes, ostentan derechos de jerarquía suprallegal. El reconocimiento que la Ley Fundamental efectúa de aquellos derechos, como preexistentes a su sanción, inclusive no enumerados, pero igualmente válidos -art. 33 de la Constitución Nacional- traduce la existencia de una zona de reserva de los habitantes de la Nación en cuanto al ejercicio de sus derechos básicos, que se refleja en el sistema de control de constitucionalidad.

La pretendida inaplicabilidad de la norma en el caso concreto que el individuo somete a decisión del juez, importa una manifestación genuina del principio de soberanía del pueblo. Los jueces se constituyen en «guardianes de la Constitución» para reparar la lesión que un sujeto ha sufrido en sus derechos individuales.

Así, el ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales constituye la expresión máxima de autonomía del ciudadano, quien reclama la plena vigencia de sus derechos individuales, no delegados, frente a los excesos en que hubiesen podido incurrir sus representantes».

### *16. La emergencia no ampara el desconocimiento de los derechos constitucionales*

Este considerando tiene para nosotros particular trascendencia por la contundencia de sus afirmaciones y su claridad conceptual, en consonancia con lo que oportunamente sostuviéramos al respecto <sup>3</sup>: «43) Que, desde tal perspectiva, compete a los poderes políticos la búsqueda de las soluciones con que deben enfrentarse las crisis a que toda nación se ve expuesta, excluyendo aquellas vías que impliquen el compromiso de los derechos básicos e inalienables que los constituyentes calificaron como inviolables. La emergencia -como lo ha sostenido reiteradamente y desde antiguo esta Corte- no ampara el desconocimiento de tales derechos, por lo que no podría esperarse que el avasallamiento del derecho de propiedad fuese tolerado por el Tribunal.

El progreso del país se debió, en buena parte, al lúcido texto constitucional que ofreció a nacionales y extranjeros la protección de sus vidas y patrimonios, atrayendo una corriente inmigratoria que contribuyó a poblar el desierto territorio y a cubrirlo de valiosas inversiones desde fines del siglo diecinueve. La permanencia de esas bases constitucionales para el progreso y el crecimiento no puede ser desconocida por tropiezos circunstanciales que sólo pueden ser superados con la madurez de los pueblos respetuosos de sus leyes. La fractura del orden fundamental sólo habría de agravar la crisis, al ver afectados ya no sólo los derechos aquí lesionados, sino los restantes que protege la Constitución, hasta tornar inviable el logro de los objetivos de «afianzar la justicia» y «promover el bienestar general» sobre los que reposa el orden institucional».

---

<sup>3</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., págs. 80/84.

### 17. Los derechos adquiridos y la seguridad jurídica

La sentencia luego insiste en destacar la importancia del derecho de propiedad, de los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica, desconocidos por el decr. 214/02. Prescriben al respecto los considerandos: «47) Que el sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía constitucional de la propiedad y destruido -como se apuntó- el presupuesto, también constitucionalmente establecido, de la seguridad jurídica con total olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios.

El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia, ya que en estas situaciones, como se recordó más arriba el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional. Las normas cuestionadas afectan, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 C.N.».

«48) Que, reiteradamente, esta Corte ha señalado que el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (Fallos: 312:1121). De ahí que también el Tribunal haya sostenido que «cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenerlo por adquirido, y es inadmisiblesu modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad» (Fallos 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). En el *sub examine*, el depósito había sido efectuado bajo la vigencia de la ley 25.466 (B.O. 25/9/01) que garantizaba categóricamente su inalterabilidad (art. 1º) y cuyas disposiciones, de orden público (art. 3º), tenían por finalidad -como se dijo *supra*- crear un ambiente de confianza en el sistema financiero que se encontraba debilitado (confr. *Antecedentes parlamentarios*, t. 2001, pág. 2394). La situación jurídica por cuyas consecuencias se ha demandado en el caso quedó, pues, consolidada en lo sustancial, en virtud de dicho régimen generando, innegablemente, derechos adquiridos en cabeza de la actora.

Ahora bien, además de la restricción e indisponibilidad de los fondos que se produjo como consecuencia de la aplicación de las normas que

esta Corte tuvo ocasión de examinar y declarar inconstitucionales en el precedente «Smith» ya referido, la normativa posterior ha venido a resquebrajar aún más el ya debilitado derecho de la actora a disponer de su propiedad. Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto las evidentes diferencias entre la situación aquí debatida y la que esta Corte tuvo en mira al juzgar en la causa registrada en Fallos 313:1513».

«49) Que la noción de derecho adquirido se encuentra inescindiblemente ligada a la de seguridad jurídica. Esta no es sino el resultado del acatamiento de las normas que imperan en el Estado de derecho las que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal. La actuación efectiva de las reglas preestablecidas genera así un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor. La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparación los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa -inducir al mantenimiento de los depósitos bancarios- y luego desconocerla, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales».

### *18. Inconstitucionalidad de todo el plexo normativo del corralito*

Tal como lo veníamos reclamando <sup>4</sup> la Corte declaró la inconstitucionalidad de toda la pseudo estructura jurídica que implementara el «corralito». Dice pues el considerando 51: «Que las consideraciones precedentemente expuestas conducen a declarar la inconstitucionalidad del plexo normativo cuestionado».

---

<sup>4</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., págs. 102/3, donde calificamos la actitud de dicha ley 25.466 como de «vulgar engaño».

*19. El impacto sociológico del corralito y la profusión de amparos presentados en el marco de una interpretación constitucional dinámica*

También la sentencia hace referencia al impacto sociológico producido por el «corralito» que originara la presentación de miles de acciones de amparo, en lo que observamos como una interpretación dinámica de la Constitución.

En efecto, en el considerando 52 se lee: «Que es deber de este Tribunal señalar que la controversia que subyace en este proceso se ha visto reiterada en más de cien mil causas que tramitan ante los tribunales de todo el país, reveladoras de la aguda tensión existente entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado Nacional y las entidades financieras. De allí que la conclusión a que se arriba, parte de una cabal comprensión de las responsabilidades derivadas del rol institucional que es de la esencia de esta Corte Suprema resolver en tanto titular de uno de los departamentos del Gobierno Federal (art. 108 C.N.). Desde esa perspectiva, la interpretación acerca del alcance y contenido de las garantías constitucionales amparadas no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado. Así lo ha señalado este tribunal en forma reiterada, remitiendo a la doctrina de reconocidos autores y filósofos del derecho que, como Ihering, afirmaron que no son los hechos los que deben seguir al derecho sino que es el derecho el que debe seguir a los hechos (Fallos: 172:21 «Avico c/ de la Pesa»). En «Kot, Samuel» (Fallos: 241:291) esta Corte reafirmó su doctrina en el sentido de que las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, en tanto la Constitución, que es la ley de las leyes, y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. También ha señalado que es al Congreso a quien corresponde mantener el equilibrio que armonice las garantías individuales con las conveniencias generales, y no incumbe a los jueces sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias (Fallos: 319:3241)».

## *20. La reiteración de la doctrina de la Corte sobre el alcance de las restricciones en la emergencia económica*

El fallo luego reitera la tradicional doctrina de la Corte sobre los límites de las restricciones a los derechos durante la emergencia económica. Expresa el considerando 53: «Que por otra parte esta Corte desde antiguo ha admitido restricciones al ejercicio del derecho de propiedad -no a su sustancia- en situaciones de emergencia, tal como se señaló *supra*, reconociendo la validez de la fijación de plazos o la concesión de esperas como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos: 136:161). Aun en situaciones de normalidad institucional ha aceptado la validez de los límites en la afectación del patrimonio más allá de los cuales se encontraría comprometida la garantía del art. 17 C.N. (Fallos 210:172; 220:699; 234:129; 239:157) y ha sentado pautas por las que en situaciones de grave crisis, el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad (Fallos 313: 1513, considerandos 58 y 59)».

## *21. La misión del Poder Judicial y la parte resolutive de la sentencia*

Finalmente se expresa sobre este particular en el considerando 55: «Que, como reflexión final, es menester recordar que este Tribunal ha insistido en que los jueces no pueden prescindir en la interpretación y aplicación de las leyes de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 234:482; 302:1284, entre muchos más). Si bien es cierto que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia caen dentro de la discrecionalidad del poder administrador, no lo es menos que, por imperio de la Constitución, también dicho poder debe arreglar su proceder a criterios de razonabilidad que imponen que los medios empleados resulten equitativos y justos. Frente a disposiciones de otros poderes que no reflejen tal proceder, es deber imperioso e indeclinable de la justicia restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional. En rigor, al Poder Judicial le está vedado juzgar el acierto o error de



decisiones que incumben al área de política económica; mas es incontrovertible que aquél debe controlar la razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas, máxime cuando, como en el caso, éstas se traducen en normas sujetas a bruscos y veloces cambios, sin que resulte posible encontrar una respuesta apropiada y oportuna sobre la cual basar alguna certeza jurídica. Ante tales circunstancias, cuando la ley y la reglamentación vacilan en sus propósitos y finalidades, es la jurisprudencia la que debe mantener su firmeza pues «*la interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes*» (confr. Alberdi, *Bases*, cit.).

Queda claro, pues, que no es el Poder Judicial quien está facultado para delinear el derrotero de la legislación. Tampoco es el responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quienes sí les incumbe tal tarea. Pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos, so pena de transgredir el mandato constitucional que le ha sido conferido, cuando, como ha ocurrido en el caso, bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional».

Por ello y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el procurador general SE RESUELVE: I. Declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas; II. Ordenar al Banco de la Nación Argentina que reintegre a la Provincia de San Luis las sumas depositadas en dólares estadounidenses, o su equivalente al valor en pesos según la cotización del mercado libre de cambios tipo vendedor al día del pago. De dichas sumas deberán deducirse las ya extraídas por el Estado provincial (ver alcances de la presentación de fs. 459/460). A este último efecto, la diferencia deberá determinarse entre la suma retirada en pesos y el valor de cada dólar en el mercado referido a la fecha de la extracción; III. Fijar el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado. Notifíquese por cédula a las partes que se confeccionará por secretaría. Julio S. Nazareno (según su voto), Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt (según su voto), Augusto César Belluscio (en disidencia), Antonio Boggiano (en disidencia), Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez (según su voto), Juan Carlos Maqueda (en disidencia).

## 22. *El voto del Ministro Dr. Carlos S. Fayt*

De este voto destacaremos los que nos parecen los aspectos más relevantes:

### *a. Análisis de la crisis política, económica y social del país y diferencias de este caso con «Peralta»*

Al respecto, se sostiene en el considerando 14: «Que las circunstancias políticas, sociales y económicas que precedieron y siguieron a la promoción de este caso encuentran difícil comparación en la historia de la Argentina contemporánea. La renuncia y sucesión de un presidente constitucional en medio de graves protestas sociales, muchas de las cuales derivaron en la muerte de los manifestantes. La crisis económica que amenazaba convertirse en catástrofe. La huida de las reservas, la salida de la convertibilidad, la devaluación, la quiebra de la relación de confianza de los ahorristas con los bancos, la caída del consumo interno, los ajustes, la inflación, el aumento del desempleo y la subocupación, la exclusión y la indigencia simbióticamente unidas al caos social, político y económico, desfibraron el sistema de creencias sobre el que se asienta la Nación y la vida del Estado. La crisis no ha dejado resquicios sin penetrar. De ahí que la reconstrucción requiera medidas extremas y cambios severos. Según surge del entramado de normas dictadas, el gobierno trata de lograr el equilibrio fiscal, sustituir las importaciones, financiar las exportaciones, administrar el superávit comercial. Sin apoyo exterior, reordenar el sistema financiero evitando la sangría del Banco Central de la República Argentina como prestamista final, afirmando su función de receptor de las divisas provenientes del comercio exterior. A esto debe agregarse la recomposición de los salarios, las jubilaciones y los subsidios de inclusión a fin de impulsar y renivelar el consumo.

Este cuadro de situación se refleja como una estenosis tumoral en las cifras que proporciona la Encuesta Permanente de Hogares hecha por el Instituto Nacional de Estadística y Censos en su informe correspondiente al mes de mayo de 2002, según las cuales la desocupación llegó al 21,5% y la subocupación al 12,7%, los pobres aumentaron de 14.500.000 a 19.000.000, uno de cada tres argentinos en condiciones de trabajar sufre problemas de empleo. En el 2001 se destruyeron 750.000 puestos de trabajo, en tanto, más de la mitad de los argentinos son pobres,

con 5.000.000 de personas con problemas de inserción laboral; todo lo cual indica a verdad material, que el país marca récord en materia de desocupación, pobreza e indigencia.

El proceso de desintegración financiera hizo necesaria la adopción por parte del gobierno de medidas de control y restricciones generalizadas sobre los depósitos bancarios que provocaron expresiones de repudio y reacciones populares, signadas por la desesperación y la impotencia. Esas medidas de control sellaron la desconfianza de vastos sectores sociales en el sistema financiero, político e institucional, priorizando la necesidad de restablecer la credibilidad. Esto eleva la necesidad de recrear en el pueblo la confianza en el sistema financiero como condición esencial en el proceso de recuperación nacional. Además, debe reconocerse la reducción de la masa de depósitos, lo que convierte en imperioso el retorno a la racionalidad, a la prudencia, al respeto de la buena fe contractual entre las entidades bancarias y sus depositantes. De esta situación, no obstante su gravedad, no se sigue la aplicación automática de la doctrina expuesta *in re* «Peralta» (Fallos 313:1513) como se explicará más adelante».

*b. La «celada» de la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos y la inconstitucionalidad del decr. 1570/01 y el art. 15 de la ley de emergencia 25.561*

Fayt califica de esta manera a dicha ley y se pronuncia por la inconstitucionalidad de la normativa citada, tal como nosotros lo señaláramos anteriormente. Dice el considerando 20: «Que la ley 25.466, inspirada en los altos propósitos de que dan cuenta los debates parlamentarios transcritos, antes que al afianzamiento de la protección de los depositantes los condujo -con quebranto del principio de la buena fe que debe presidir el comportamiento estatal- a una celada. El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Y, sin dudas, el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza que ha producido es el Estado. Consecuentemente y con arreglo a lo expuesto, el decr. 1570/01 y la ley 25.561, en cuanto suspenden la aplicación de la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos bancarios, resultan inconstitucionales en su aplicación a la actora en tanto lesionan el derecho de propiedad pues debe considerarse que hay derecho adquirido para los particulares que realizaron sus depósitos en las entidades financieras bajo la vigencia de la última ley citada».

*c. La inconstitucionalidad del decr. 214/02*

El voto se refiere a esta importante cuestión en los siguientes considerandos:»21) Que sentada esta primera conclusión corresponde analizar la validez constitucional del decr. 214/02 y en este sentido cabe adelantar que a juicio del tribunal también resulta inconstitucional sea que se lo considere un decreto delegado, sea que se lo considere como un decreto de necesidad y urgencia.

El art. 2° del citado decreto excede los términos de la delegación que el Congreso hiciera en cabeza del Poder Ejecutivo a través de la ley 25.561, pues si bien mediante ésta se lo autorizó para fijar el tipo de cambio de las monedas extranjeras, no se lo facultó para convertir a pesos los depósitos constituidos en tales divisas, otorgándole solamente la atribución de reestructurarlos a los efectos de preservar el capital de los ahorristas, tal como surge del texto de la citada ley 25.561 y de la inequívoca voluntad expresada por los legisladores durante el debate parlamentario que precedió a su sanción».

«22) Que, en efecto, la ley 25.561 suspendió la vigencia de la ley 25.466 pero no pesificó -como tampoco lo hizo el decr. 1570/01 también dictado con la finalidad de garantizar la intangibilidad de los depósitos en moneda extranjera- los depósitos en dólares, conversión adoptada sólo en el ámbito de otras relaciones jurídicas. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, esta ley declaró la emergencia nacional y estableció las bases bajo las cuales el Poder Ejecutivo debía ejercer las facultades delegadas. La ley precisó que debía «...reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2°» de la ley (art. 1°, inc. 4°) y le impuso con relación a los depósitos en las entidades financieras, la obligación de disponer «las medidas tendientes a preservar el capital de los ahorristas», con la expresa aclaración de que «esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras» (quinto y último párrafo del art. 6°)».

«23) Que la voluntad del legislador en cuanto al alcance de la delegación conferida a favor del Poder Ejecutivo, surge clara del debate parlamentario. Bastan, en efecto, las expresiones de dos legisladores. El senador Maestro sostuvo que «las medidas que se van a adoptar contemplan la protección de los más débiles, de los que hoy más necesitan de la protección del Estado. Por eso, nosotros acompañamos en líneas generales las medidas incorporadas en esta norma, que tienen como objetivo respetar y

proteger al universo de deudores, tratando de custodiar en la medida de lo posible a los tomadores de créditos y preservando el capital de los ahorristas, a través de la reestructuración de la devolución de los ahorros...».

A su turno, en lo concerniente a la finalidad de la ley, el senador Baglini manifestó que «esta ley protegerá a los deudores. Y que (...) ese sistema es distinto de la moneda en la cual se van a tener que devolver los depósitos. Los bancos que tenían créditos en dólares van a cobrar en pesos, porque así lo manda la ley. Van a tener que devolver depósitos en dólares, porque se va a respetar el capital y una tasa de interés que no será cualquiera, pero será la internacional».

«24) Que, en conclusión, el art. 2º del decr. 214/02, excede claramente la delegación que el Congreso efectuó en el Poder Ejecutivo a través de la ley 25.561. Esta lo autorizó para fijar el tipo de cambio de las monedas extranjeras pero no para convertir a pesos los depósitos que se encontraban constituidos en dichas divisas. Reestructuración y preservación del capital de los ahorristas son el mandato que surge claramente del texto de la ley y de la voluntad del legislador durante el debate parlamentario».

«25) Que la validez del decreto considerado como de necesidad y urgencia, dictado en ejercicio de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, demanda la formulación de algunas precisiones.

Antes de la reforma constitucional de 1994 que sancionó dicho artículo, esta Corte había trazado el marco constitucional de los poderes del Estado en situaciones de emergencia al pronunciarse *in re* «Peralta» (Fallos 313:1513). Allí reconoció la validez constitucional del decr. 36/90 y rechazó la demanda promovida por la actora, titular de un plazo fijo a 7 días en el Banco Comercial de Finanzas. Dicho decreto autorizaba a las entidades financieras a proceder a la devolución parcial y en efectivo de los depósitos y disponía la cancelación de las diferencias que superaban la suma de un millón de australes mediante la entrega de «Bonos Externos 1989» emitidos por el Estado Nacional. La circunstancia de que los principios sentados en este precedente sean invocados por las partes, a favor y en contra de sus posiciones requiere, al menos, una síntesis de su sustancia y ello a fin de determinar la constitucionalidad de las facultades ejercidas por el Poder Ejecutivo a través del decr. 214/02».

*d. La jurisprudencia de la Corte sobre la legislación de emergencia y la interpretación dinámica de la Constitución*

En este voto también se reafirma la doctrina judicial de la Corte sobre la emergencia económica y la interpretación dinámica de la Constitución, siguiendo a la jurisprudencia norteamericana.

Expresan al respecto los considerandos: «27) Que corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo conducente a la prosperidad del país y al bienestar de sus habitantes, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la que reposan los derechos y garantías individuales. Para que éstas tengan concreta realidad, es esencial la subsistencia del Estado, de su estructura jurídica y su ordenamiento económico y político. Su existencia hace posible el disfrute de los derechos de la libertad y del patrimonio que asegura la Constitución. «Cuando por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del art. 17 de la Constitución Nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. En el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio».

«28) Que el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos 313:1513, considerando 39)».

«29) Que Horacio Rodríguez Larreta, en su dictamen del 6 de septiembre de 1934, en el recurso extraordinario deducido por Oscar A. Avico contra Saúl C. de la Pesa sobre consignación de intereses (Fallos 172:21), enumeró los cuatro requisitos que debe llenar una ley de emergencia para que su sanción esté justificada, y que ya habían sido mencionados por el *chief justice* Hughes, en el caso «Home Building v. Blaisdell»: «Es necesario para ello: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que

la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria». El juez Hughes, presidente del tribunal, apoyó su voto en estos fundamentos: «Si el Estado tiene poder para suspender temporalmente la aplicación de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas, como terremotos, etcétera, no puede darse por inexistente ese poder cuando una urgente necesidad pública que requiere el alivio es producida por causas de otra índole, como las económicas. No sólo se invocan en los contratos las leyes existentes a fin de fijar las obligaciones entre las partes, sino que se introducen en ellos también las reservas de atributos esenciales del poder soberano, como postulados del orden legal. El criterio de proteger a los contratos contra su invalidación presupone el mantenimiento de un gobierno en virtud del cual son valederas las obligaciones contractuales. Dicho gobierno debe retener la autoridad adecuada para asegurar la paz y el buen orden de la sociedad. Este principio de armonizar las prohibiciones constitucionales con la necesaria conservación del poder por parte del Estado ha sido reconocido progresivamente en las decisiones de esta Corte. Aunque se evite una sanción que pudiera permitir al Estado adoptar como política el repudio de las deudas o la destrucción de los contratos, o la negación de los medios para llevarlos a la práctica, no se deduce de ello que no hayan de producirse situaciones en las que la restricción temporal de esos medios no cuadre con el espíritu y el propósito del artículo constitucional». Recordando la advertencia de Marshall, agregaba el juez Hughes, «que no hay que olvidar que la Constitución fue sancionada con el propósito de que rigiera en épocas venideras por lo que su interpretación debe adaptarse a las crisis que sufren las relaciones humanas».

«30) Que el juez Hughes en el fallo referido, resumiendo las decisiones de la Corte Suprema americana dijo: «es manifiesto, de la revista que hacemos de nuestras decisiones que ha habido una creciente valorización de las necesidades públicas y de la necesidad de encontrar fundamento a una avenencia razonable entre los derechos individuales y el bienestar público. La limitación del dominio público, la presión del constante aumento de la población, la interdependencia de las actividades de nuestro pueblo y la complejidad de nuestros intereses económicos, han conducido inevitablemente hacia una creciente utilización de la organización social, con el objeto de proteger las bases mismas de la actividad

individual. Donde, en tiempos pasados, se pensaba que sólo los negocios (o asuntos) de los individuos o de las clases sociales estaban comprometidos y que los del Estado apenas estaban remotamente rozados, posteriormente se ha encontrado que estaban directamente afectados los intereses fundamentales del Estado; y que la cuestión ya no es más solamente la de un contratante contra otro, sino del uso de los medios razonables para salvaguardar la estructura económica sobre la cual reposa el bienestar de todos. No es admisible la réplica de que esta necesidad pública no fue comprendida (o sospechada) un siglo ha, ni insistir en que aquello que significó el precepto constitucional según el criterio de entonces, deba significar hoy según el criterio actual (*'vision of our time'*). Si se declarara que la Constitución significa hoy, lo que significó en el momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben confinarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación. Para prevenirse contra tal concepto estrecho, fue que el presidente de la Corte, Mr. Marshall expresó la memorable lección: 'No debemos olvidar jamás que es una constitución lo que estamos interpretando (Mc. Culloch v. Maryland, 4 Wheat 316, 407) una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos'. Cuando consideramos las palabras de la Constitución, dijo la Corte, en 'Missouri v. Holland', 252 U.S. 416, 433, debemos darnos cuenta (o hacernos cargo: 'realize') que ellas dieron vida a un ser cuyo desarrollo no pudo ser previsto completamente por sus creadores mejor dotados...El caso que examinamos debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia...».

*e. El derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución*

El considerando que veremos, comienza con la aseveración transcrita, plenamente coincidente con nuestro criterio y el de Bidart Campos <sup>5</sup>, pero además se introduce en la temática de la interpretación constitucional.

---

<sup>5</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., págs. 80/84, donde desarrollamos este acápite: «La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional».



Dice este importante considerando: «36) Que el derecho de «emergencia» no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda. Arribar a la unión nacional no fue tarea fácil, como no lo fue establecer la Constitución (Fallos 313:1513, considerando 47). Junto a derechos cuyo goce la Constitución establece para todos los habitantes, ella agrega que tal goce se hará conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14) sin desnaturalizar a aquéllas (art. 28), y se refiere a la unión nacional, a la forma de gobierno y a la organización de los poderes, y se proyecta para nuestra posteridad, es decir, que erige una organización nacional cuya vitalidad es tan esencial como aquellos derechos particulares, como que en ella descansa la efectiva seguridad de éstos. Es por esto que el bienestar que tiene en miras es el bienestar general, entendido como marco y no como negación del particular.

Hay pues en la Constitución Nacional contenidos, derechos y proyectos de alcance diferente. La cuestión es, para los jueces, determinar la legitimidad de la extensión que se les haya concedido en cada caso. El problema, pues, no se circunscribe al análisis del ejercicio del poder de policía, sino que reside en un juicio axiológico en el que están involucrados principios constitucionales diversos y que debe resolverse atendiendo a las circunstancias de la causa».

#### *f. La confiscatoriedad producida y su inconstitucionalidad*

Fayt termina su voto declarando la inconstitucionalidad producida por la confiscación de los depósitos, tal como lo veníamos sosteniendo <sup>6</sup>.

Expresa el considerando 39: «Que así compendiada la doctrina que fija el ámbito de los poderes del Estado en época de emergencia y dando por cierto que, utilizando las palabras de la Ley Fundamental, al momento de la emisión del decreto 214/02 concurrían «circunstancias excepcionales» que hacían «imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes» -recaudo dudosamente

---

<sup>6</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., «La inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario», págs. 85/134, donde analizamos detenidamente el tema.

satisfecho en la especie a la luz de la doctrina sentada en Fallos 322:1726- no puede discutirse que la legislación impugnada ha operado una transformación en la sustancia del derecho afectado que la torna inválida frente a la Constitución Nacional.

La conversión a pesos de los depósitos en moneda extranjera dispuesta por el art. 2° del decr. 214/02, permite que el depositario, deudor de la obligación de devolver la misma cantidad de dólares que le fue entregada, cumpla con ella, con efectos cancelatorios, restituyendo aproximadamente la mitad de las divisas que le fueron dadas, cálculo que se efectúa sobre la base de la cotización en el mercado libre del dólar a la fecha de este pronunciamiento. La quita -utilizando la expresión de Fallos 313:1513- que alcanza, como se dijo, aproximadamente al cincuenta por ciento de los dólares depositados que deriva su conversión obligatoria en las condiciones establecidas por el decreto 214/02, deviene así irremediablemente confiscatoria. Los hechos de autos revelan paradigmáticamente una situación en que el Estado no suministra un remedio para paliar una situación de emergencia sino que decide mutar la sustancia o esencia del derecho adquirido; apoderarse, en fin, del patrimonio de los depositantes sin compensación alguna. De consuno con los principios vertidos hasta aquí y, encontrándose la legislación cuestionada a extramuros de la Constitución Nacional, debe declarársela inválida».

### *23. El voto del ministro Dr. Adolfo R. Vázquez*

De este otro importante voto, resaltamos estos aspectos:

#### *a. Los fundamentos de la inconstitucionalidad del decr. 214/02*

De manera sintética, el voto expresa en su considerando 6°: «Que a juicio de esta Corte la «pesificación» de los depósitos bancarios ordenada por el art. 2° del decr. 214/02, resulta manifiestamente inconstitucional por tres motivos fundamentales:

a) No se trata de una medida comprendida en la delegación legislativa instrumentada por la ley 25.561.

b) No se encontraban presentes las condiciones exigidas por el art. 99, inc. 3 C.N., para implementarla mediante decreto de necesidad y urgencia.

c) Viola nuevamente (desde perspectiva distinta de la considerada en el caso «Smith») el derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Carta Fundamental, imponiendo una privación de ella equiparable a una expropiación sin ley previa ni justa indemnización».

Y más adelante, en los considerandos 13 y 14, así continúa el análisis sobre el decreto y su inconstitucionalidad: «13) Que, sentado lo anterior, es de advertir que el 3 de febrero de 2002, fecha en que se dictó el decr. 214/02, el Poder Legislativo no se encontraba en receso, y la labor parlamentaria se hallaba legalmente habilitada por el decr. 23 del 22 de diciembre de 2001 (B.O. del 27/12/01) que dio por prorrogadas las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación hasta el 28 de febrero de 2002. Por otra parte, como es de público y notorio, las cámaras legislativas no se encontraban imposibilitadas de reunirse, habiéndose en aquellos días sancionado leyes de importancia como la 25.562 que reformó la carta orgánica del Banco Central y la ley de entidades financieras, o la ley 25.563 que declaró la emergencia productiva y crediticia originada en la situación de crisis por la que atraviesa el país y que incluyó importantes reformas a la ley de quiebras. Ello sin perjuicio de haberse cumplido también en la misma época otras labores de innegable trascendencia institucional, como lo fue la tramitación del juicio político a los integrantes de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, posterior a la declaración de inconstitucionalidad realizada en la ya citada causa «Smith», entre otras actividades legislativas.

En tales condiciones, no puede ser predicado que respecto del dictado del decr. 214/02 hubiera concurrido la primera de las circunstancias mencionadas en el considerando anterior».

«14) Que, además, tampoco se aprecia que la «pesificación» de los depósitos bancarios constituyera una medida lógicamente derivada de las razones de urgencia invocadas por el Poder Ejecutivo Nacional para el dictado del decr. 214/02, y menos que su implementación debiera ser inmediata, sin poder acudir al trámite normal de sanción de las leyes para decidirla.

En efecto, ninguno de los considerandos del decr. 214/02 expresa las razones de urgencia que justificaban lo dispuesto por el art. 2º y, por el contrario, en cuanto aquí interesa, ellos se enderezaron a dar basamento a otra medida bien distinta de la «pesificación», como fue la referente a la necesidad de emitir un bono en dólares estadounidenses, con cargo al Tesoro Nacional, que sustituyera la devolución de los depósitos en moneda extranjera cuya restitución se encontraba reprogramada.

Sobre el particular, y en apretada síntesis, recordaron tales considerandos del decr. 214/02 la acelerada fuga de depósitos y pérdida de reservas del sistema financiero que condujo al dictado del decr. 1570/01; la crisis de gobernabilidad desatada por la renuncia del presidente de la Nación; y la naturaleza de la crisis productiva y económica que llevó a la sanción de la ley 25.561. En ese contexto (calificado como de «... profunda interferencia en las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, al haberse producido -entre otras perturbaciones- la virtual ruptura de las cadenas de pagos, situación que derivó en la práctica interrupción del funcionamiento de la economía...»), los fundamentos del decr. 214/02 advirtieron sobre la necesidad de «... facilitar la paulatina normalización de las actividades económicas pero, también, para restituir a los ahorristas y deudores las mayores condiciones de libertad y certidumbre, preservando sus derechos de propiedad...»; y observaron, en cuanto a esto último, que «... una excesiva aceleración en la liberación de los depósitos existentes en el sistema financiero, podría conducir a riesgos cambiarios como de hiperinflación; y que paralelamente, el mantenimiento de restricciones extremas condicionarían la reactivación y el desenvolvimiento de la economía...». Para ello, entonces, se dijo que «... se prevé la posibilidad de quienes deseen preservar sus ahorros en el sistema financiero en moneda extranjera, que puedan acceder a su opción, a un bono en dólares estadounidenses, en sustitución de sus depósitos que han sido reprogramados...».

Como se aprecia, ni una palabra dedicada a justificar jurídicamente la «pesificación» de los depósitos realizados en moneda extranjera. Menos a demostrar la necesidad y la urgencia de una medida de tal naturaleza. Dicho de otro modo, no hay siquiera rastro de una justificación dogmática o insuficiente acerca de lo previsto por el art. 2º del decr. 214/02. Simplemente, no la hay de ninguna clase. En la especie, el voluntarismo del Poder Ejecutivo Nacional ha sido absoluto.

En tales condiciones -y utilizando las mismas palabras de Fallos 321:3123- no es dudoso que la norma impugnada haya sido dictada a extra-muros de los distintos elementos condicionantes de su validez y vigencia».

Comparación con la jurisprudencia norteamericana:

«17) Que la cuestión es, ciertamente diversa de la examinada por la Corte norteamericana en los casos «Norman v. Baltimore» (294 U.S. 240) y «Perry v. United States» (294 U.S. 330), en los que se decidió la validez, frente a la devaluación de 1933, de las llamadas «cláusulas oro»,

ya que la situación de hecho planteada en esos antecedentes mostraba el mantenimiento del objeto de la prestación comprometida, aunque permitiéndose su cancelación a valor nominal con independencia del valor del oro. Es decir, la medida respondía al ejercicio del poder del Congreso de fijar el valor de la moneda, aspecto sobre el cual no podía incidir la convención de los particulares. Mas, por el contrario, la medida cuya inconstitucionalidad se persigue en autos, ha implicado derechamente la alteración del objeto de la prestación comprometida, que no era otra que la devolución de una divisa extranjera y no el reintegro de pesos calculados a una cierta paridad, lo que de ningún modo puede ser justificado en los términos del art. 75, inc. 11 C.N., ya que excede claramente lo que autoriza esa norma. Dicho de otra manera, una cosa es la fijación del valor de la moneda (cuya determinación excede las atribuciones del Poder Ejecutivo por encontrarse reservadas al Poder Legislativo), y otra muy distinta es la que se presenta en autos, donde se impugnan normas que han violado el derecho de propiedad sobre bienes patrimoniales, al impedir el reintegro de dólares estadounidenses pertenecientes a la actora».

*b. Las diferencias entre las dos versiones del «corralito» y con el fallo en «Smith»*

En este voto se advierten con claridad las diferencias entre las dos versiones del corralito (o entre «corralito» y «corralón», según la denominación periodística), como también lo habíamos observado en nuestro estudio anterior<sup>7</sup> y con el fallo recaído en «Smith».. Indica el Considerando 18: «18) Que, por cierto, la situación examinada en autos también se presenta como verdaderamente distinta de la que esta Corte juzgó en el caso registrado en Fallos 313:1513.

En efecto, en el caso indicado las imposiciones bancarias no habían sido constituidas al amparo de un régimen como el de la ley 25.466, y existían circunstancias fácticas muy distintas de las que enmarcan el reclamo *sub lite*, ya que las medidas gubernamentales juzgadas en dicho precedente se inscribían dentro de una política económica que pre-

---

<sup>7</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., pág. 107 y ss., en el acápite «El decreto de necesidad y urgencia 214 del PEN y la segunda versión del corralito».

tendía: a) cortar el proceso inflacionario que desgarraba a la sociedad; b) inducir la baja primero y luego la estabilización del precio del dólar y de todos los bienes de la economía; y c) recuperar el valor adquisitivo de la moneda nacional (conf. considerando 50 del precedente indicado), lo que no se da en las circunstancias que adjetivan al presente caso, pues técnicamente no han sido derogadas las normas que prohíben el ajuste de deudas por inflación (art. 10 de la ley 25.561), se ha liberado el mercado cambiario produciéndose un significativo incremento de la cotización del dólar, y el valor adquisitivo de la moneda se ha depreciado de modo notorio para toda la población.

Lo anterior sea dicho, desde luego, sin abrir juicio de valor alguno respecto de la opinión que le merece a esta Corte, en su actual integración, la apuntada decisión registrada en Fallos 313:1513».

#### *c. La confiscación producida*

También este ministro se refiere a la confiscación producida, en el Considerando 19 que expresa: «Así pues, desde el punto de vista del contenido real del derecho de propiedad involucrado, la «pesificación» ha importado técnicamente el aniquilamiento mismo del contrato anudado entre la entidad bancaria y el depositante, porque ha generado la quita de un porcentaje altamente significativo del monto depositado al alterarse el valor de la divisa depositada, con claro agravio de las garantías constitucionales invocadas en la demanda. Tal medida debe ser calificada, sin temor ni duda, como una privación de la propiedad reprobadada por la Carta Fundamental.

Que tanto lo precedentemente expuesto, como lo decidido en la causa «Smith» derivan de la razonada aplicación del art. 17 C.N.. Soslayar su vigencia, cualesquiera sean las razones para enervar su recto contenido, importaría retirar a la República del concierto de naciones civilizadas, que contemplan el derecho de propiedad como uno de los pilares del respeto a los derechos inherentes a la persona y que configura una formidable base de impulso para el progreso y el bienestar general».

#### *d. El arrasamiento de la seguridad jurídica y el recuerdo de la opinión del juez Bermejo*

Consideramos que debe destacarse en este voto la referencia a la opinión de quien fuera uno de los más prestigiosos presidentes de la

Corte, Antonio Bermejo, cuando se opuso a la convalidación de la legislación económica de emergencia, en el comienzo de una etapa jurisprudencial que duraría prácticamente 80 años a partir del caso «Ercolano c/ Lanteri de Renshaw».

Se lee en el Considerando 21: «21) Que en las condiciones que anteceden se colige sin esfuerzo que el sistema jurídico impugnado ha arrasado lisa y llanamente con el presupuesto de la seguridad jurídica, con total olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo debe hacer con el objeto de amparar y defender garantías tales como la indicada, y no para desconocerlas o mutilarlas en su esencia....». Que aquí no pueden dejar de ser recordadas las palabras del juez Bermejo cuando en su famosa disidencia registrada en Fallos 136:161 precisó que «... nuestro sistema social descansa ampliamente en la inmunidad de la propiedad privada y aquel Estado o comunidad que pretendiere allanarla, no tardaría en descubrir su error por el desastre que sobrevendría...». De haberse respetado cabalmente este pensamiento, expuesto por Bermejo en 1922, la historia institucional y económica argentina tal vez habría sido otra, y nuestro pueblo se habría ahorrado muchas de las penurias por las que todavía hoy atraviesa bajo el argumento de la necesidad y la urgencia. Ni tanta necesidad, ni tanta urgencia puede existir o concebirse, y mucho menos tolerarse, para quebrar la inmunidad de la propiedad y fortuna de los argentinos....».

*e. El acceso a la justicia y la inconstitucionalidad del decr. 1316/02 y del art. 1º de la ley 25.787*

Este voto analiza además las inconstitucionalidades producidas por la normativa mencionada, al violentar el derecho de acceso a la justicia, tal como también lo sostuvimos en nuestro libro ya citado <sup>8</sup>. En efecto, refiere el considerando 24: «Que resta considerar, el planteo relativo a

---

<sup>8</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., págs. 110/111, donde estudiamos esta violación producida por el decr. 214 al derecho de acceder a la justicia, a una tutela judicial eficaz, al amparo del art. 43 C.N., al sistema republicano del art. 1º de la Ley Suprema y al art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo efectuamos luego el análisis de las inconstitucionalidades producidas posteriormente en este aspecto por los decrets. 320 y 1316 y por la ley 25.787 (ob. cit., pág. 112 y ss.).

lo dispuesto por el decreto 1316/02 en cuanto había dispuesto la suspensión por 120 días hábiles del cumplimiento y ejecución de las sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el art. 1° de la ley 25.587.

Que, en tal sentido, sin perjuicio de que dicho plazo ha vencido a la fecha de este pronunciamiento, es útil aun a modo de *obiter* y, por las eventuales consecuencias que dicha norma hubiera generado durante su vigencia, recordar la doctrina de esta Corte según la cual la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos 290:293; 297:134; 298:308; 306:467 y 310:937), por lo que impedir ese derecho frustra aquella garantía, reconocida por el art. 18 C.N. y diversos tratados internacionales de derechos humanos (Fallos 320:1519). De ahí que la existencia de disposiciones que supriman o suspendan el acceso a la jurisdicción, no son concebibles dentro del sistema republicano de gobierno y de protección de los derechos humanos, así como incompatibles con el postulado del Preámbulo de la Constitución Nacional concerniente al afianzamiento de la justicia.

Que, desde tal perspectiva, lo dispuesto por el art. 1° del decr. 1316/02 en el aspecto aquí considerado, no solamente desconoció una garantía constitucional de la provincia actora, sino que además constituyó un atentado contra el principio de separación de los poderes del Estado, pues no otra cosa cabe inferir si por imposición del Poder Ejecutivo los ciudadanos no pueden recurrir ante el Poder Judicial y los jueces no pueden mandar cumplir sus sentencias, máxime en un caso como el *sub lite*, en el que, a diferencia de otras hipótesis otrora consideradas por esta Corte, se esterilizan los efectos de todo pronunciamiento judicial que se emita con relación a un vasto complejo normativo, con afectación en grado extremo de la vida y patrimonio de las personas.

En tal sentido, el vallado puesto por el poder administrador al cumplimiento y ejecución de las sentencias judiciales dictadas en el marco de los procesos contemplados por el art. 1° de la ley 25.587, ahondó un prolongado e inédito estado de incertidumbre frente a la profusión de normas mutantes en materia económica y financiera. A la ya difícil tarea de desentrañar ese estado de incertidumbre, se sumó la inaceptable pretensión de hacer de las sentencias simples declaraciones teóricas, insusceptibles de ser ejecutadas con inconcebible postergación del efectivo ejercicio del derecho que ellas hubieren reconocido.



Así pues, lo establecido por el art. 1º del decr. 1316/02 estaba teñido de inconstitucional bajo la idea de que el servicio de justicia no puede ser sometido al vasallaje de la fuerza del poder administrador que, desconociendo garantías constitucionales elementales, ha olvidado que ellas están previstas no sólo para que los ciudadanos puedan exigir su respeto frente al Estado, sino para que el propio Estado sepa cuáles son los límites de su actuación, pues es claro que es él el primero que debe velar por la vigencia de las garantías constitucionales de los habitantes de la Nación y no pretender que sean estos últimos quienes deban recordárselo, una y otra vez, mediante la promoción de acciones judiciales».

*f. La obligación de devolver los depósitos es de los Bancos y no del Estado*

Este tema, para nosotros de fundamental importancia y sobre el cual también compartimos la misma opinión<sup>9</sup>, está consignado en el considerando 25: «Que definida la procedencia del amparo en los términos hasta aquí desarrollados, corresponde señalar con especial y particular énfasis que la presente sentencia no impone ninguna responsabilidad al Estado Nacional en orden a la devolución de las divisas depositadas por la actora. El Estado Nacional en esta causa es, en efecto, totalmente ajeno a cualquier deber de restitución, ya que no contrató con la actora, ni en autos ha sido declarada su responsabilidad frente a esta última por título alguno. Por el contrario, la admisión de los planteos de inconstitucionalidad formulados por la provincia actora, exclusivamente llevan a hacer exigible el deber de restitución que el Banco de la Nación Argentina (que es una entidad autárquica con autonomía presupuestaria y administrativa; art. 1º de la ley 21.799) asumiera frente a esta última según los certificados de depósito respectivos. Dicho de otro modo, el reintegro a la Provincia de San Luis de sus depósitos bancarios, no debe ser de ningún modo cumplido -según esta sentencia- por el Estado Nacional, sino pura, exclusiva y

---

<sup>9</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), obr. cit., pág. 133, donde hacemos referencia a la necesidad de profundizar las investigaciones para determinar las responsabilidades de distinto tipo en torno de la confiscación producida y al denunciado retiro del país de los depósitos por parte de los bancos.

excluyentemente por la citada entidad bancaria, conforme a los términos contractuales propios de la operatoria».

*g. La vuelta al respeto de la Constitución*

En una definición que también antes sostuvimos y compartimos<sup>10</sup>, el voto prescribe sobre la necesidad de retornar al respeto de la Constitución Nacional.

Dice pues el considerando 26: «Que, sentado lo anterior y como reflexión final, no es ocioso recordar que esta Corte ha destacado reiteradamente la necesidad de que los jueces no prescindan en la interpretación y aplicación de las leyes de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues estas últimas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 234:482; 302:1284, entre otros). Mas la sola visión de las consecuencias, no se puede erigir en la única pauta orientadora de los fallos judiciales, ni es posible que a fin de evitarlas se convaliden normas manifiestamente inconstitucionales. La oposición a la Constitución Nacional podrá existir o no, pero si existe incumbe a los jueces declararla sin más, debiendo los otros poderes del Estado, en el ejercicio de sus facultades propias, arbitrar las soluciones que se ajusten al texto constitucional según la interpretación que rectamente los jueces le den. Esta Corte, como custodio último de la Carta Fundamental, no está dispuesta a resignar su misión en ese sentido y se equivoca quien no lo entienda así.

Pues bien, si la República Argentina ha perdido en los últimos tiempos el horizonte de la Constitución, es hora de que vuelva al camino del cual jamás debió salir».

*24. El voto de minoría de los ministros Belluscio, Boggiano y Maqueda*

Del voto de minoría destacamos las siguientes cuestiones:

---

<sup>10</sup> Véase la anterior nota 5.

a) *Dificultades para fallar esta causa mediante el amparo*

Luego de dedicar una serie de considerandos a la admisibilidad del amparo, que comprende un análisis histórico que comienza con la disidencia del juez Tomás D. Casares, el voto concluye en la afirmación de que no se puede utilizar esta vía para resolver el caso.

En efecto, expresan los considerandos 30, 31 y 32:

«30) Que, en razón de lo expuesto, se advierte la complejidad fáctica y técnica del tema en debate que involucra el examen de intrincadas cuestiones financieras y bancarias, lo que impone que los jueces extremen la prudencia para no resolverlas por la vía expedida del amparo. En este orden de ideas, la indagación de las materias planteadas en el *sub lite* llevaría necesariamente a ponderar la política económica del gobierno para distribuir las pérdidas ocasionadas por una situación económica desorbitada».

«31) Que debe recordarse que los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos 308:2246, considerando 4; 311:2128, entre muchos otros) y, menos aún, cuando la imposibilidad de las entidades financieras de responder a sus obligaciones exigibles trascendió la particular situación económica de cada intermediario para adquirir la dimensión de una crisis sistémica, cuyo examen presupone un análisis integral a fin de superar el descalce bancario. La cuestión atañe no sólo a la recuperación y desenvolvimiento de las entidades que operan en un ámbito decisivo para la buena marcha de la economía, sino también a la aptitud de éstas para coadyuvar a la devolución ordenada e igualitaria de las inversiones o ahorros».

«32) Que las consideraciones precedentes no obstan al ejercicio del control de legalidad respecto del procedimiento y de las normas dictadas en relación al tema en debate; pero esto no puede tener lugar en el marco limitado de un amparo en el cual, conforme conocida jurisprudencia del tribunal, se ha rechazado este remedio cuando la cuestión es compleja u opinable (Fallos 248:837; 250:772; 252:64; 281:394, entre muchos otros), conclusión elaborada ya antes de la sanción de la ley 16.986 y que mantiene su vigencia al cabo de la consagración institucional del instituto después de la reforma de 1994 (Fallos: 319:2955, entre otros)».

*b. No se abre juicio sobre la cuestión de fondo*

De todas maneras, es importante aclarar que estos ministros no abren juicio sobre el fondo de la cuestión debatida.

Dice al respecto el considerando 43: «Que estas consideraciones no importan abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de la amparista en orden a los derechos que entienden le asisten, la que podrá ser debatida y dilucidada por la vía pertinente».

*c. La insistencia en la recusación efectuada al ministro Fayt , la nulidad del fallo y el rechazo del amparo promovido.*

Este voto de la minoría insiste en la recusación antes efectuada al Dr. Carlos S. Fayt para sostener la nulidad del fallo y rechazar finalmente la acción de amparo promovida.

Dice el considerando 44: «Que, en atención al voto mayoritario de esta Corte, los abajo firmantes expresan la convicción de que el presente fallo adolece de nulidad absoluta por el grave vicio que lo corroe y lo torna ilegítimo, dadas las razones expuestas en la disidencia formulada en la resolución denegatoria de la recusación con causa del juez Fayt, que a continuación se transcriben:...». «Por ello, oído el señor procurador general de la Nación, se declara inadmisibile la acción de amparo promovida a fs. 54/65. Con costas en el orden causado en atención a las peculiaridades del caso. Notifíquese». Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda.

#### **IV. Nuestras reflexiones sobre el fallo**

*1. El cumplimiento de la misión del Poder Judicial -y de la Corte en particular- como verdadero poder del Estado en el sistema republicano, mediante el control de constitucionalidad*

Este fallo significa en primer lugar el fiel cumplimiento de la misión del Poder Judicial, tal como lo reclamamos desde el momento inicial en que se impusiera el «corralito», con estas palabras: «Es menester que los jueces asuman definitivamente como su más importante misión la del control de constitucionalidad, para asegurar la supremacía de la Ley Fun-

damental 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. 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*»<sup>11</sup>.

Es menester recordar además el señero fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Municipalidad c/ Elortondo», 1888, Fallos 33:194, que expresara: «Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderada, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes políticos».

Como se sabe, los jueces y camaristas federales de todo el país han dictado miles de resoluciones -y sentencias entre ellas- en cumplimiento de dicho deber y finalmente la Corte Suprema, -al profundizar el análisis efectuado en el precedente «Smith»-, ratifica mediante este

---

<sup>11</sup> Confr Antonio María HERNÁNDEZ (H.), ob. cit., pág. 85 y nota 1, donde mencionamos nuestro primer artículo sobre este tema, publicado el 15 de enero de 2002 en La Voz del Interior de Córdoba, en el que hacíamos referencia a este deber indeclinable de los jueces.

fallo la tarea de dicho Poder del Estado. Dicha misión institucional está enmarcada con toda precisión y exactitud en el funcionamiento del sistema republicano, que se asienta en el principio del equilibrio y control recíproco entre los poderes <sup>12</sup>.

## *2. La afirmación de la supremacía constitucional, incluso en la emergencia*

Este principio es otro de los fundamentales de la teoría constitucional y consiste en que la Constitución, que es la base del Estado de derecho, tiene carácter de suprema y fundamental. En consecuencia, todo el orden jurídico debe adecuarse a ella, porque es la expresión del poder constituyente, que a su vez es la máxima expresión de la soberanía popular. Esto también se vincula con la distinción entre este poder y el de naturaleza constituida, que siempre está obligado a respetar al de superior jerarquía. Esta trilogía de la teoría constitucional se completa con el control de constitucionalidad, que se establece a los fines de asegurar dicha supremacía constitucional.

Su antecedente más antiguo se remonta a 1610, pues se atribuye al célebre juez inglés Coke su primera enunciación. Antes de su notable desarrollo -debido como hemos visto a Sieyès-, debemos mencionar su consagración en el texto de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su art. VI cláusula segunda, que ha sido el directo antecedente del art. 31 de nuestra Ley Suprema <sup>13</sup>.

Y esto es lo que ha reafirmado este fallo al declarar la inconstitucionalidad de todo el plexo normativo del «corralito» en sus dos versiones, ya que se trataba de una legislación pseudo jurídica que violaba groseramente la Constitución Nacional.

---

<sup>12</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), «El caso Fayt y sus implicancias constitucionales», pág. 39 y ss., donde analizamos el significado del control de constitucionalidad

<sup>13</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), «El caso Fayt y sus implicancias constitucionales», págs. 37/8, donde nos referimos al principio de la supremacía constitucional.

Pero además, la Corte Suprema reafirma la **supremacía constitucional sobre la emergencia**, pues la emergencia no puede estar por encima de la Constitución ni fuera de ella y, en consecuencia, no debe haber un derecho de emergencia que pueda afectar su supremacía y violar los derechos individuales. Esta nos parece una conclusión fundamental del fallo, que emerge con toda claridad y contundencia del voto mayoritario y del de los ministros Fayt y Vázquez.

En igual línea de pensamiento, al referirnos a la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional, recordábamos este pensamiento de Bidart Campos: «... *hace falta todavía dejar establecido que:*

*a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución;*

*b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución». Y luego agregábamos: «Pensamos que hay que subordinar la emergencia y sus institutos a la Ley Fundamental y limitar sus alcances, para tender a la normalidad y superar las dolorosas vicisitudes vividas a lo largo de extensos períodos de nuestra historia, donde lo transitorio se volvió permanente y lo excepcional se tornó ordinario».*

*Obviamente, para lograr estos propósitos son necesarios profundos cambios culturales, políticos, sociales y educativos, que son materia de otro análisis, pero que es imprescindible abordar para superar la anomia que es «esencialmente antidemocrática», como lo explicara Nino»<sup>14</sup>.*

### *3. El cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica*

Anteriormente hemos analizado el rol cumplido por la Corte Suprema en torno a las sucesivas legislaciones de emergencia económica, que

---

<sup>14</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), «Las emergencias y el orden constitucional...», págs. 82/83.

con su jurisprudencia desde el caso «Ercolano c/ Lanteri de Renshaw» en 1922 y hasta «Peralta» de 1990, ha mostrado una tendencia convalidatoria. En ese muy extenso período fuimos observando cómo se avanzó paulatinamente sobre los derechos y garantías individuales sin un vigoroso control judicial de constitucionalidad que lo impidiera, lo que produjera muy graves consecuencias además, en el funcionamiento completo de nuestro Estado de derecho <sup>15</sup>.

Esto no importa desconocer la importancia de la tarea desarrollada al fijarse el standard de la Corte para la legislación de emergencia, originado en el dictamen del procurador general Dr. Horacio Rodríguez Larreta en «Avico c/ De la Pesa» en 1934 -y a su vez en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana del caso «Home Building c/ Blaisdell» donde se destacara el voto del *chief justice* Hughes- que fuera mantenido hasta la actualidad como lo observáramos.

De todas maneras, reiteramos que ante la magnitud de las lesiones producidas al orden constitucional por dicha legislación de emergencia, la decisión debió ser la señalada en su notable dictamen por el procurador general Dr. Sebastián Soler en «Cine Callao» en 1960, mediante un control judicial más firme y profundo, que frenase el pragmatismo que avasallaba la Ley Suprema.

Vale la pena recordar al gran jurista que nos advirtiera que con estas actitudes en la materia nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no era compatible con el progreso <sup>16</sup>.

Así llegamos a la situación producida por la implantación del «corralito» a fines del 2001, con el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1570. En esta oportunidad, a diferencia de lo ocurrido anteriormente, la Corte Suprema comenzó a cambiar dicha jurisprudencia convalidatoria en el caso «Smith», fallado el 1º de febrero de 2002, que declaró la inconstitucionalidad de dicho decreto.

---

<sup>15</sup> Véase nuestra obra citada «Las emergencias y el orden constitucional», págs. 67/77, donde estudiamos la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el poder de policía de emergencia.

<sup>16</sup> Confr. C.S.J.N., Fallos 247:121. Dictamen del procurador general de la Nación, Dr. Sebastián Soler.



Asimismo, la misma posición fue asumida -en general- por los jueces y camaristas federales, en los amparos interpuestos por quienes sufrieron la confiscación de sus depósitos, mediante la concesión de medidas cautelares y la declaración de inconstitucionalidad de la pseudo legislación que se iba dictando y que fuera declarada inconstitucional.

Nosotros sostuvimos que ese accionar independiente del Poder Judicial que estableció límites a las disposiciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes de la vía del amparo consagrado en el art. 43 de la Ley Suprema, constituyen hoy el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de derecho en la realidad angustiante de nuestro país <sup>17</sup>.

Y este cambio notable de la jurisprudencia, enderezado al estricto cumplimiento de la misión del Poder Judicial para asegurar la vigencia de la Constitución Nacional, es lo que ha significado finalmente este fallo de la Corte Suprema de Justicia en «Provincia de San Luis».

#### *4. Hacia un modelo democrático y liberal en materia de emergencia*

En nuestra obra citada, al reclamar la subordinación de las emergencias a la Constitución, decíamos al respecto: *«Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina surge de manera conclusiva que:*

*a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.*

*b) El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.*

*c) En todos los casos observados de utilización de los institutos, el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiper presidencialismo que hemos padecido.*

---

<sup>17</sup> Véase nuestra obra «Las emergencias y el orden constitucional», cit., págs. 75/77.

*d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.*

*e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto y firme ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad, lo que evidenció su falta de independencia y de cumplimiento de su rol como poder del Estado republicano.*

*Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro Estado de derecho, somos de opinión que urge subordinar los distintos tipos de emergencia y institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado constitucional y democrático de derecho.*

*En tal sentido, queremos recordar especialmente las **pautas de limitación** y control, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos, con base en la conciliación entre la eficacia de los medios razonablemente elegidos para superar la emergencia y la protección de los derechos y libertades individuales:*

*a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia.*

*b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad.*

*c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable.*

*d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia.*

*e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicialable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.*

*En definitiva, pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, liberal y republicano y, en consecuencia, aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que en la instancia tenga posiblemente mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso no deba participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse y además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.*

*Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de la supremacía constitucional. A esto último se ha sumado una notoria falta de eficacia para resolver las emergencias, que además de afectar la legitimidad democrática, nos ha originado el pasar de una emergencia a otra, en un estado de crisis permanente»<sup>18</sup>.*

Luego de esta sentencia, queremos confiar en el inicio del tránsito hacia un modelo propio del Estado constitucional, democrático y liberal de derecho en materia de emergencias, que importe la superación del anterior modelo que nos rigiera durante décadas, con tan lamentables consecuencias observadas<sup>19</sup>.

## *5. La adecuada valoración del amparo*

Tal como lo vimos en el punto III, que titulamos «El impacto sociológico del corralito y la profusión de amparos presentados en el marco de una interpretación constitucional dinámica», del Considerando 52 de la sentencia emerge

---

<sup>18</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), «Las emergencias y el orden constitucional», ob. cit., págs. 80/83.

<sup>19</sup> En la obra precedentemente citada, siguiendo a Gabriel L. Negretto, referimos la distinción entre los dos modelos observados en materia de emergencia: el correspondiente al Estado democrático, constitucional y liberal de derecho y el correspondiente a la autocracia y el absolutismo (págs. 16/20).

una adecuada valoración del amparo como garantía fundamental para el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley Suprema.

En este aspecto, es bien conocida la historia de esta garantía hasta su consagración constitucional en la reforma de 1994, en el art. 43.

De tan importante cuestión, sólo queremos destacar que en dicho texto, siguiendo la opinión de acreditada doctrina y precedentes jurisprudenciales, se estableció de manera incuestionable la atribución de los jueces de «declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva».

Y esto, que resulta para nosotros esencial para asegurar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales mediante el control de constitucionalidad, es lo que la Corte mediante su voto de mayoría ha correctamente fallado.

Por ello, declaró la inconstitucionalidad del plexo normativo del corralito y posterior corralón, luego de hacer referencia a la enorme cantidad de acciones de amparo presentadas y a una interpretación dinámica que «no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado»<sup>20</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, el alto tribunal cumplió responsablemente con su alta y honrosa misión de ser tribunal de las garantías constitucionales, dando justa respuesta a los reclamos efectuados, en medio de difíciles circunstancias y luego de soportar fuertes presiones del Poder Ejecutivo y la inacción del Poder Legislativo.

Tal como lo habíamos sostenido, el amparo resultó ser la garantía constitucional a la que recurrieron miles de ahorristas para enfrentar en

---

<sup>20</sup> No podemos dejar de expresar que aunque valoramos la importancia de una interpretación dinámica y el recuerdo de los considerandos del célebre caso «Kot», en este caso hubiésemos preferido una fundamentación más asentada en el art. 43, ya que se trata de la norma suprema de directa aplicación en el caso y que avanzó de manera notable en la materia. Por otra parte, fue sancionada en fecha relativamente reciente, con una afinada comprensión de las vicisitudes que tuviera el amparo en la legislación y la jurisprudencia anterior a la reforma constitucional. Y lo mismo expresamos en cuanto a la cita de Ihering en torno a que el derecho debe seguir los hechos, ya que como lo expresamos reiteradamente, aquí se trataba en esencia de la aplicación lisa y llana de la letra y espíritu de la norma citada, para salvar la supremacía constitucional violada.

los estrados judiciales las gravísimas consecuencias de esta emergencia sin precedentes en su magnitud y profundidad <sup>21</sup>. La Corte falló rápidamente en «Smith» el 1º de febrero de 2002 la inconstitucionalidad de la primera versión del corralito y luego el 5 de marzo de 2003 en este caso, ratificó dicho enfoque, además de declarar la inconstitucionalidad de la segunda versión del mismo, como también lo habían hecho jueces y camaristas federales.

En este largo y doloroso proceso de más de 15 meses desde el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1570/01, el Poder Judicial Federal fue dictando resoluciones y sentencias que a pesar de la complejidad del tema, encontraron en el amparo el ámbito específico y acertado para impedir la continuidad de las violaciones de derechos producidas, tal como lo prescribe el art. 43 de la Ley Suprema.

Luego del fallo, el gobierno sigue dictando normas en esta materia que ha promocionado como de apertura del llamado «corralón» -que por razones de brevedad no analizamos- pero que no han impedido la continuidad de la presentación de nuevas acciones de amparo, puesto que las violaciones a los derechos de los ahorristas todavía continúan. En similar línea de pensamiento a la que exponemos, Augusto M. Morello ha expresado al comentar este fallo: *«Si nos preguntáramos cuál es el papel de la justicia en el mundo que viene, conforme a los nuevos reclamos, al factor tiempo, a una sociedad informada y participante que está atenta a la juridización de las relaciones y problemas y a la dinámica de los fenómenos que atrapa el derecho y el principio de la seguridad jurídica, el plafón de las garantías se ha extendido y pro-*

---

<sup>21</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), «Las emergencias y el orden constitucional», ob. cit., pág. 132. En este considerando 52, del fallo de la Corte, se indica el número de 100.000 amparos. Por nuestra parte, al referirnos a este tema, en la nota 35, págs. 132/3 de la obra citada, sostuvimos siguiendo un informe de La Voz del Interior, publicado en su edición del 25 de julio de 2002, en su pág. 5-A, que se habrían presentado hasta dicha fecha aproximadamente 200.000 amparos en el país, de los que en 59.385 casos se habían ordenado medidas cautelares por parte de los distintos jueces federales. Asimismo, en la nota se indicaba el monto de las medidas cautelares, que en un altísimo porcentaje (de más del 80%) no excedió los 100.000 pesos, lo que además demostraba el impacto sociológico del «corralito» en los sectores económicamente medios o medios bajos de nuestra población.

*fundizado. Entonces, recuperar la confianza básica de la comunidad en las instituciones en la justicia y en la efectividad de los derechos humanos, en lo esencial y atado al sistema de las técnicas instrumentales que deben adoptarse. En esa empresa tiene ganado espacio suficiente el amparo. La gente lo elige y prueba con familiaridad; así actuó en la arena del corralito, en el vendaval del 2002»<sup>22</sup>.*

#### *6. Los límites a la utilización de los decretos de necesidad y urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa*

Consideramos de enorme importancia este aspecto del fallo, en que la Corte interpreta acabadamente la letra y sobre el todo el espíritu de la reforma constitucional de 1994, que intentó limitar al Poder Ejecutivo en la utilización de estos institutos de emergencia, a través de los arts. 76 y 99 inc. 3, ya que una de sus ideas fuerza fue la modificación de nuestro hiperpresidencialismo. No debe olvidarse que ya la Corte Suprema había admitido por parte del Poder Ejecutivo el ejercicio de la legislación delegada en el caso Delfino en 1927 y los decretos de necesidad y urgencia en el caso Peralta en 1990, por lo que la sanción del constituyente en la última convención, tuvo el propósito recién referido, que ahora con este fallo encuentra su correcta y fiel interpretación y aplicación. Debe ponderarse muy especialmente este notable avance que produce la Corte Suprema pese a la actitud del Congreso, que eludió el cumplimiento de sus obligaciones republicanas de control, ya que:

---

<sup>22</sup> Confr. Augusto M. MORELLO, «Reconocimiento del amparo», Suplemento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Lexis Nexis, J.A., Buenos Aires, 23/4/03, pág. 48. Y así finaliza el artículo el gran jurista: *«El epílogo apunta a un cálido elogio del amparo que irradia seguridad al arsenal del derecho procesal, para que, con realismo y sensibilidad, se muestre renovado, servicial y efectivo, muy lejos de ser una «caja vacía». Es muy alta y noble la causa a la que está destinada a servir como para reducirlo a lo excepcional. Mostrará de continuo los magníficos reflejos de tutela pronta y efectiva si se lo interpreta -como lo ha hecho en el caso la Corte Suprema- con la libertad suficiente y el espíritu con el que fue pensado, desde la Constitución».*

a) Efectuó delegaciones legislativas tan amplias como mediante las leyes 25.414 y especialmente la 25.561, que han merecido serios cuestionamientos constitucionales.

b) No reglamentó la reforma constitucional en esta materia y en consecuencia, no puso en marcha la Comisión Bicameral Permanente para el control de esta legislación delegada y la vinculada a los decretos de necesidad y urgencia.

c) No controló adecuadamente los decretos dictados luego de la reforma y en particular, en este último período posterior a la sanción de la ley de emergencia 25.561.

En particular, la implementación pseudo jurídica de la confiscación de los depósitos bancarios y financieros fue efectuada por una profusa, confusa y contradictoria normativa que importó el dictado de decretos de necesidad y urgencia, decretos por legislación delegada, decretos, resoluciones ministeriales y circulares del Banco Central, que produjeron una ostensible y grosera violación de derechos individuales y del sistema republicano.

Este avance inconstitucional del Poder Ejecutivo y de funcionarios de inferior jerarquía que no encontrara la adecuada reacción por parte del Poder Legislativo, finalmente fue contrapesado por el correcto accionar del Poder Judicial, que salvó la supremacía constitucional y su sistema republicano.

Queda ahora fijado por este fallo que cuando se ha producido una delegación legislativa por una emergencia, no puede el Poder Ejecutivo:

a) acudir al dictado de decretos de necesidad y urgencia por esa misma emergencia; y

b) excederse en dicha atribución, mediante la falta de respeto estricto de los lineamientos establecidos en la legislación delegante por el Poder Legislativo.

Se ha tratado entonces, de una correcta interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, en base a los arts. 76 y 99 inc. 3<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> También ha merecido una valoración positiva este aspecto del fallo por parte de Néstor P. SAGÜÉS en su artículo «Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa», en el Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de

### *7. La invocación de la doctrina de los actos propios*

De este fallo tan importante, que se destaca por su ejemplar argumentación y razonamiento jurídicos, no nos deja de sorprender la lectura del Considerando 22, que hace referencia a una eventual aplicación de la doctrina de los actos propios y que de alguna manera altera el desarrollo lógico y la claridad del discurso, aunque de manera transitoria. Nosotros queremos interpretar dicho considerando como una advertencia a un posible futuro acuerdo entre la Provincia y el Gobierno Federal, en este caso concreto, que signifique la aplicación de dicha teoría al tratarse de dos personas jurídicas públicas que acuerdan voluntariamente modificar las bases sentadas por este fallo para el cumplimiento del mismo. Es que por otra parte, en el punto II de la parte resolutive del fallo, en el Considerando 55, se hace lugar al reintegro a la Provincia de la diferencia entre los 1,40 pesos reconocidos por cada dólar y su valor en el mercado libre según la fecha efectuada de las extracciones. En consecuencia, nosotros entendemos que dicha doctrina sólo se podría aplicar a este caso en que actúan dos gobiernos del Estado Federal, pero que en modo alguno se puede intentar en una eventual interpretación futura de la Corte Suprema o de otros tribunales, la extensión de este enfoque a las causas de los ahorristas comunes.

Es que aquí es donde deben comprenderse las diferencias existentes entre la Provincia y un ahorrista particular, como lo señalara en su dictamen el procurador general de la Nación. Resulta evidente que la gran mayoría de los ahorristas comunes no pudo ni puede tener el asesoramiento y la información que tiene un Estado Provincial. Y por eso, a ellos no se les puede aplicar la doctrina de los actos propios en el caso de que hubieran resuelto aceptar los bonos que se ofrecían o el retiro de los fondos a un precio de sus dólares que no era el del mercado libre. Esta es por consiguiente, la jurisprudencia que se viene fijando en los Juzgados Federales de Córdoba de 1ª Instancia, que siguen el criterio de la Cámara Federal, cuya Sala B, en el caso «Cabido, Marcelo c/ PEN y otros - Amparo», de fecha 23 de diciembre de 2002, con votos de los magistrados José Alejandro Mosquera y Luis Rueda, expresara: «... que las particulares características de este proceso que vive nuestro país y la abundante y cambiante normativa que se ha sucedido desde la fecha de la nota aludida hasta la actualidad, impiden se pueda juzgar el proceder del amparista incurso en la teoría de los actos propios, atento que las varian-



tes circunstancias e inseguridad reinante impedían el cabal conocimiento del devenir de los acontecimientos....». Que en esta línea de razonamiento, queremos sumar los siguientes argumentos:

a) La doctrina de los actos propios no se debe aplicar ya que las condiciones iniciales del contrato entre los bancos y los ahorristas fueron modificadas unilateralmente por el Estado, en perjuicio de estos últimos. En consecuencia, no se mantuvo la «situación jurídica preexistente», que es el primero de los requisitos indicados para la aplicación de esta doctrina por parte de la Comisión 8 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil <sup>24</sup>.

b) Porque quienes suscribieron los bonos o retiraron los depósitos aceptando el despojo de su valor, no tenían clara conciencia e información sobre la ilegitimidad de las medidas ni la inconveniencia de lo que hacían, por la situación creada por la pseudo legislación del «corralito» y las presiones recibidas por parte del gobierno, que fueron multiplicadas en sus efectos nocivos por algunos medios de comunicación masivos. En este aspecto, los ahorristas carecieron de la libertad requerida para la validez de estos actos <sup>25</sup>.

c) Porque además no hubo acto o negocio jurídico, ya que la voluntad de los ahorristas fue viciada, no hubo licitud alguna y no se tuvo un fin jurídico inmediato, atento la grosera inconstitucionalidad de todo este proceso vinculado a la confiscación de los depósitos <sup>26</sup>.

---

Justicia de la Nación, ob. cit., págs. 58/62. Véase además el comentario de María A. GELLI titulado «El caso «Provincia de San Luis v. Estado Nacional»: entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad», en el Suplemento citado, págs. 41/45.

<sup>24</sup> Dichas Jornadas fueron realizadas en Mar del Plata en 1983, con la enunciación de los siguientes requisitos para la invocación de esta doctrina de los actos propios: «a) Una situación jurídicamente preexistente; b) Una conducta del sujeto jurídicamente relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; c) Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto».

<sup>25</sup> Marcelo J. LÓPEZ MESA en su libro *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 115, expresa que no se puede aplicar la doctrina de los actos propios «... cuando no existiese para el agente otra opción que realizar el acto, por carecer de libertad real y efectiva de rehusarse a ello».

<sup>26</sup> Véase al respecto, la clara fundamentación que desarrollara el gran jurista Alfredo ORGAZ al analizar el concepto de acto o negocio jurídico en su clásica obra *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1963, pág. 54 y

d) Porque tampoco existió identidad de sujetos actuantes en ambas situaciones, por cuanto quienes originariamente contrataron las condiciones de los depósitos a plazos fijos fueron los ahorristas y los bancos y luego quien modificara la situación fue el Estado <sup>27</sup>.

e) Porque no se puede valorar al silencio como manifestación de voluntad, al no haberse efectuado por los ahorristas la reserva de derechos <sup>28</sup>.

f) Porque también se puede invocar el vicio de la lesión, al hallarse ausente el principio de la buena fe <sup>29</sup>.

### 8. La aplicación de esta jurisprudencia a otros ahorristas

De acuerdo con los principios de nuestro sistema de control de constitucionalidad, el fallo ha resuelto este caso concreto iniciado por la Provincia de San Luis.

---

ss.. Asimismo el destacado civilista español Luis Diez Picaso indica que «... *los actos propios han de ser jurídicamente eficaces y si por cualquier causa no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos. Se puede venir contra los actos propios, cuando son inválidos*» («La doctrina de los actos propios», *Estudios de derecho comparado*, Barcelona, España, Ariel, 1951, pág. 201).

<sup>27</sup>En este sentido véase el análisis efectuado por Alejandro M. AZVALINSKY y Gabriel A. SCAGLIA en el comentario al fallo titulado «Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperaron pesos», en el Suplemento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cit., pág. 26.

<sup>28</sup>Este es otro argumento sostenido por AZVALINSKY y SCAGLIA, ob. cit., págs. 29/30, quienes expresan que no es justo otorgar en este caso tanto valor al silencio, ya que «*aquí se presentan circunstancias que obligan al análisis particular: diferencia de potencialidad negocial (en los Principios de Unidroit -lo llama «excesiva desproporción», art. 3.10-, dentro del elemento subjetivo del lesionado se incluye: «dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación», los cuales se engloban en el comentario al artículo, en el concepto de «posición negocial desigual».*

<sup>29</sup>También este argumento es invocado por AZVALINSKY y SCAGLIA, quienes opinan que «*configurado el vicio de lesión, la víctima puede pedir judicialmente la nulidad*

Pero resulta evidente que esta sentencia, por su extraordinaria importancia, ha establecido un valioso cambio en la jurisprudencia convalidatoria de la legislación de emergencia económica, que debe ser mantenido por la Corte y seguido por los tribunales inferiores.

En este sentido, nosotros no dudamos en afirmar que estos criterios son de plena aplicación a los miles de juicios de amparo que se están tramitando por parte de los demás ahorristas, pues su situación es muy similar a la de la Provincia de San Luis, ya que en todos los casos se produjo una confiscación de los depósitos bancarios o financieros, con grave lesión del derecho de propiedad y la seguridad jurídica.

Pero dicha situación no es idéntica, por cuanto en el caso de los otros ahorristas, las lesiones producidas a sus derechos individuales han sido ostensiblemente mayores, llegando en algunos casos a la afectación de los derechos a la salud y a la vida, por lo que se hace más urgente, enérgico e imperioso el accionar del Poder Judicial en defensa de dichos derechos reconocidos en la Ley Suprema.

Aunque todavía no ha terminado esta ominosa página de nuestra historia, reiteramos que la lucha de cientos de miles de argentinos encontró adecuada respuesta en el Poder Judicial Federal, que supo cumplir con su misión republicana de controlar a los otros poderes del Estado y asegurar la vigencia de la Constitución Nacional. Esto nos refuerza la esperanza y convicción en la lucha por el derecho, para reconstruir espiritualmente nuestra Nación y superar la decadencia en que nos encontramos.

---

*de lo actuado o el reajuste equitativo de las prestaciones; pero si pidiese lo primero, el demandado podrá ofrecer el reajuste, salvando la validez del acto. Entendemos que aquí el único reajuste posible consiste en la restitución de las diferencias debidas» (confr. ob. cit., págs. 30/33).*



**RECEPCIÓN DE NUEVOS  
MIEMBROS CORRESPONDIENTES**



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN PANAMÁ,  
DR. ULISES PITTÍ \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato, en acto público llevado a cabo el 25 de marzo de 2003

*Palabras del académico de número Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato*

Panamá es conocida en todos los países del orbe por su Canal, que es una de las maravillas del mundo moderno; pero la República de Panamá es mucho más: la feracidad de su tierra, el prodigio de sus bosques, la belleza de su suelo y de sus playas, la cercanía entre los dos grandes océanos del planeta, proximidad que permite -en una sola jornada, tranquila y sin apuros- gozar de la inmensidad del Pacífico, de sus islas de ensueño y, recorriendo el istmo por carretera, encontrarse con la calidez y alegría del Caribe. A todo ello debemos agregar el sorprendente crecimiento y desarrollo cultural y económico experimentado en los últimos años, especialmente por su capital, la hermosa ciudad de Panamá, edificada sobre el Pacífico que, junto con notables expresiones de arquitectura urbana de avanzada, atesora los recuerdos de su pasado colonial.

El canal de, aproximadamente, 80 kilómetros atraviesa la selva tropical para conectar los dos océanos. Ya los primeros conquistadores concibieron la idea de construir una vía de comunicación que uniera los dos mares; pero debieron pasar 400 años hasta que se lograra el objetivo. En

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 35/58.

los albores del siglo XX, después de once años de labor (1903-1914) se inauguró el canal en el que se empleó una nueva tecnología, usando las admirables esclusas, portento de la ingeniería, que permiten sortear la diferencia de niveles de los cursos de aguas naturales y artificiales utilizadas para la navegación. Así se facilita el comercio marítimo, ahorrando 12.600 km. que deberían recorrerse si la travesía se realizare por el Cabo de Hornos. Con esta reducción de tiempos y de costes, el intercambio comercial creció pero, correlativamente, aumentaron los problemas jurídicos que genera la actividad. Surge la exigencia de claras reglamentaciones acordes con la realidad.

La administración del Canal que, desde su apertura al tráfico, en 1914, estuvo preferentemente en manos de los EE.UU., en 2000 se entregó, en exclusiva, a la República de Panamá. El mundo estaba pendiente de la capacidad del pequeño país para afrontar el desafío, especialmente, garantizar la seguridad; pero la nueva gestión, con celo y orgullo nacional, satisfizo el cometido e impulsó su crecimiento y el ensanche y mantenimiento del cauce. En los últimos años, junto con el incremento del tráfico marítimo, se desarrollaron muchas instituciones jurídicas conexas como el arbitraje y la mediación que, en Panamá, tienen enorme aplicación.

Hoy tenemos el agrado de incorporar como académico correspondiente en Panamá, al Dr. Ulises Pittí, estudioso multifacético, especializado en la materia, que nos iluminará con su exposición aspectos poco conocidos y de relevante interés teórico y práctico.

La designación del Dr. Pittí, como académico correspondiente se realizó, según las pautas de nuestros Estatutos, teniendo en cuenta los méritos del candidato, pues el destacado jurista que hoy asume es un profesional interdisciplinario altamente calificado en derecho privado, especialmente en derecho de familia; y en arbitraje y mediación internacional. Desempeña la docencia desde hace más de veinte años y ha realizado y publicado trabajos científicos y de divulgación que ponen de manifiesto su capacidad superior.

1. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá (1977) y Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1982);

2. Profesor de grado y de posgrado en la Universidad de Panamá en diversas asignaturas: Derecho Civil y Comercial y de Derecho de Familia y Sucesiones, Derecho de Menores, Arbitraje, Mediación, Contrata-



ción Comercial Internacional. Ha dirigido cuarenta y dos tesis de Licenciatura, en la Universidad de Panamá.

3. Dirige trabajos de investigación para el Doctorado en la Universidad Autónoma de Honduras.

4. Director del Proyecto Banco Interamericano de Desarrollo y la Cámara de Comercio, Agricultura e Industrias de Panamá, en la aplicación de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos: Conciliación, Mediación y Arbitraje;

5. Su especialidad en derecho familiar determinó la designación como miembro de la Subcomisión de los Derechos del Niño que impulsó y logró la sanción del Proyecto de Código de la Familia, actualmente en vigencia; y su nombramiento como representante ante el Consejo Nacional de la Familia y el Menor (CONAFAME).

6. Además, en este ámbito, se lo distinguió como miembro de la Comisión Ejecutora del Código de la Familia (1995);

7. Fue presidente del IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, realizado en Panamá en 1996;

8. Se desempeñó como eficaz coordinador académico del Primer Congreso Mundial de Arbitraje y Mediación, celebrado en Panamá, en octubre de 1999.

9. Ha integrado la nómina de candidatos a ocupar el cargo de defensor del Pueblo de Panamá en 1997 y 2001.

10. Tiene gran cantidad de publicaciones sobre temas de derecho civil, derecho comercial, arbitraje y mediación, destacándose «La regulación del arbitraje, la conciliación y la mediación en la legislación panameña y su aplicación a la propiedad intelectual», Panamá, octubre 1999.

11. Ha expuesto y defendido más de ochenta ponencias sobre temas de su especialidad en congresos nacionales e internacionales realizados en su país, en España, El Salvador, Cuba, Puerto Rico, Costa Rica, Brasil, Venezuela, Colombia y, en nuestro país ha participado en eventos de jerarquía internacional en Buenos Aires, Mar del Plata, Mendoza, a través de cuyas intervenciones es reconocido y apreciado por sus dotes intelectuales y humanas. Tuvimos el honor de presentarlo en Córdoba en Jornadas de Preparación del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, que se llevaría a cabo en Panamá en 1996 y, desde aquellos años desarrolló con nuestro medio un intercambio creciente que sirvió para consolidar su prestigio de jurista inquieto. Simultáneamente, merced a lo

apreciable de sus calidades humanas, fortaleció la estima de un nutrido grupo de amigos hacia su persona y la de su distinguida esposa.

La incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba del destacado jurisconsulto Ulises Pittí G., nos enorgullece por su valía personal y doctrinaria, y porque sentimos que el capital académico de la corporación se acrecienta al tiempo que se amplían sus actuales horizontes geográficos. Descontamos que el nuevo académico correspondiente en Panamá será un laborioso, hábil y sensato embajador en su tierra que extenderá y facilitará las conexiones de nuestra Academia con los centros de cultura jurídica que existen en esa parte de América Central.

Así como el Canal une dos grandes océanos y el emblemático Puente de las Américas, cruzando por encima del Canal, une el Sur con el resto del continente, por similitud con estos dos símbolos de su tierra, aspiramos a que el Dr. Ulises Pittí sea un verdadero instrumento de unión y que incremente la fecunda obra de vinculación fraterna que viene realizando desde hace años entre las diversas regiones y países de Iberoamérica.

¡Enhorabuena Ulises! entras por los portales de esta corporación para convertirte en nuestro primer representante en tu tan querida Patria.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN MÉXICO,  
DR. DIEGO VALADÉS \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Ricardo Haro,  
en acto público llevado a cabo el 2 de septiembre de 2003

*Palabras del académico de número Dr. Ricardo Haro*

Señor presidente; señores académicos; señores profesores y magistrados; Dr. Diego Valadés; Dr. Allan R. Brewer-Carías y distinguida señora; jóvenes estudiantes, señoras y señores; ¡queridos amigos todos!

La solemnidad de esta ceremonia, de por sí siempre magnífica por su profundo sentido académico, se nos muestra hoy doblemente significativa porque en ella se incorporan dos distinguidos juristas y entrañables amigos, los maestros Diego Valadés y Allan R. Brewer Carías, como miembros correspondientes de esta Academia en México y Venezuela, respectivamente.

Para presentar al primero de ellos, permítaseme que exprese estas muy breves palabras, por respeto a Uds. y a los mencionados juristas cuyas exposiciones esperamos todos con suma avidez.

En el Eclesiastés, el rey Salomón nos dice que «un amigo fiel es una defensa sólida y aquél que lo ha encontrado, ha encontrado un tesoro».

Y a fuer de ser sincero, debo decirles que en la cordial amistad de casi tres décadas con Diego Valadés, yo encontré esa fidelidad, esa defensa y ese tesoro.

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 59/88.

Fue allá en 1975, en el Palacio de los Congresos del Distrito Federal de México, cuando promovido y bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Dr. Valadés, junto a los maestros Héctor Fix Zamudio y Jorge Carpízo, organizaron el I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del cual participamos numerosos profesores argentinos.

Aquella fue la semilla que ha fructificado en los sucesivos congresos que le siguieron, y cuya octava versión, Dios mediante, realizaremos en Sevilla entre los días 3 y 5 de diciembre próximo, bajo la conducción organizativa del catedrático don Javier Pérez Royo aquí presente.

Desde entonces, pude apreciar en el Dr. Valadés su talentosa juventud, la solidez de su creciente formación cultural y jurídica, la exquisitez de su trato, su constante bonhomía y actitud de servicio.

Los constitucionalistas del mundo le reconocen, y los de Latinoamérica además, le queremos entrañablemente. ¿Quién de nosotros no ha leído alguna de sus obras? ¿o no le ha visto a la cabeza de la organización de congresos, jornadas y encuentros, o participando activamente en otros?

Es un ser humano estupendo, dotado de una aguda y persuasiva inteligencia, que abre las puertas de su casa y las de su mente, brindando sus cualidades humanas y sus cualidades intelectuales, siempre con profunda y espontánea calidez, cordialidad y alegría.

Y estas palabras, estimados amigos, no están dichas «*pour la gallerie*». No responden a la lisonja protocolar, ni a la solapada especulación de las vinculaciones académicas. La amistad es mucho más sincera, profunda y desinteresada.

Pero avancemos en la presentación de la sobresaliente personalidad del nuevo académico correspondiente, que ha sido multifacética en sus proyecciones, pero siempre con el nivel de excelencia y de ética, que lo han constituido en una figura paradigmática en la sociedad y en el Estado mexicano.

Es Doctor en Derecho.

Es un intelectual y un jurista de fuste, que supo plasmar sus indagaciones y reflexiones, no sólo en más de cien estudios publicados en revistas especializadas, nacionales y extranjeras, sino también en numerosos y notables libros, entre los cuales podemos destacar: *La dictadura constitucional en América Latina*, *La Constitución reformada*, *El control del poder*, *Constitución y política*, *Constitución y*

*democracia, Problemas constitucionales del Estado de derecho, El gobierno de gabinete.*

Es un investigador obstinado y un docente nato. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, instituto del cual es actualmente director, a la vez que pertenece al Sistema Nacional de Investigadores. Se desempeña desde antaño como catedrático de diversas asignaturas de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Siempre ha sido un protagonista relevante en la conducción universitaria, ya sea como director de la Radio y la Revista de la Universidad, director de Difusión Cultural y coordinador general de Humanidades.

Diego Valadés es también un político de estatura, no de comité ni de proselitismo, sino un político arquitectónico, con perfil de estadista, que lo hizo descollar en diversas altas funciones públicas, entre otras, como secretario general de Coordinación Metropolitana del Distrito Federal (piénsese que tiene 15.000.000 de habitantes, o sea la mitad de la población de nuestro país); director general de Asuntos Jurídicos en la Secretaría de Gobernación (nuestro Ministerio del Interior); diputado federal ante el Congreso de la República; embajador en Guatemala.

Fue asimismo, procurador general de Justicia en el Distrito Federal y procurador general de la República, culminando su carrera como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Entre las numerosas instituciones que le cuentan en su seno como miembro, podemos mencionar la Academia Mexicana de Ciencias; la Academia de Letras Jurídicas de Brasil; nuestra querida Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro de honor de la Abogacía Española.

Señoras y señores: esta es una brevísima reseña en la que he pretendido encapsular, la humanidad, la ciencia y la maestría del nuevo académico, digna de toda valoración.

Doctor Diego Valadés: nuestro presidente le va a imponer la medalla y le entregará el diploma que lo acreditan como miembro correspondiente en México de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Usted debe saber que esta es la Academia Nacional del país interior, que se nutre y se brinda a las provincias argentinas y a los juristas de América y Europa, cumpliendo en el silencio de la germinación, una proficua tarea a favor de la cultura jurídica, que sustenta y procura la mayor vigencia de un Estado social de derecho.

Yo sé que usted valora debidamente este galardón. Ello es muy importante para esta Academia, porque pone de manifiesto su exquisita sensibilidad y humildad, propias de su sabiduría de vida, y tan lejanas de la soberbia de quienes se sienten acreedores de todos los honores.

Porque es verdad y vale afirmarlo, quiero expresarle lo dicho en anterior oportunidad: Usted debe estar persuadido, que en su constante peregrinar intelectual, esta Academia es su casa, es su nueva posada cultural.

En ella encontrará, el agua fresca para aliviar su sed; la solidaridad y el afecto de sus amigos académicos; el diálogo fecundo que alimentará su espíritu a través de nuestras publicaciones y, finalmente, el descanso reparador para emprender nuevos caminos.

Querido Diego: ¡Bienvenido seas! ¡Hace tiempo que te esperábamos! ¡No sabes cuán feliz nos hace tu llegada!. En nombre de los señores académicos, te expreso en un afectuoso abrazo, nuestro fraterno gozo por tu incorporación.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN VENEZUELA,  
PROF. DR. ALAN R. BREWER CARÍAS \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Antonio M. Hernández (h), en acto público llevado a cabo el 2 de septiembre de 2003

*Palabras del académico de número Dr. Antonio M. Hernández (h)*

Tengo el alto honor de recibir en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al nuevo académico correspondiente en Venezuela, Prof. Dr. Alan R. Brewer Carías.

Para nosotros es un motivo de honda satisfacción el estrechar los lazos que nos unen con dicho país, de tanta significación en América, con un legado notable en las horas de emancipación a través de las figuras egregias de Francisco Miranda y Simón Bolívar y con el aporte invaluable de humanistas como Andrés Bello y Arturo Uslar Pietri.

El nuevo académico responde a dicha tradición porque es una gran personalidad venezolana, cuyo prestigio ha excedido largamente los límites de su patria.

Brewer Carías ha sido profesor, investigador, académico, político, constituyente y hombre de Estado, en el curso de una vida polifacética, que se ha caracterizado por una extraordinaria capacidad de trabajo y de vocación por la cosa pública, que lo ha exaltado a un sitial de privilegio en el respeto y consideración de quienes lo han conocido.

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 89/114

Fue abogado con diploma *Summa Cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela en 1962, donde dos años después se doctoró en Derecho.

Luego ejerció la docencia universitaria en Derecho Administrativo, en Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo, en Derecho Comparado y en Instituciones Políticas tanto en las universidades Central de Venezuela, como en la Andrés Bello y la Católica del Táchira de su país, así como en las de Cambridge, Columbia y París, entre otras prestigiosas casas de estudios extranjeras.

Actualmente es profesor emérito de su *alma mater*, la Universidad Central de Venezuela.

Recibió amplios reconocimientos en su infatigable tarea de escritor e investigador pues alcanzó el Premio Nacional de Ciencias, en 1981, otorgado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas y el Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del investigador universitario, en 2002, otorgado por la Universidad Central de Venezuela.

Es doctor *honoris causae* de las universidades de Granada y Carlos III de España.

Su obra es tan vasta que alcanza a 71 libros y más de 600 artículos que abarcan varias ramas del Derecho Público como el Derecho Administrativo, Constitucional, Municipal, Historia Constitucional y aun el Derecho y Ciencias Políticas.

Sin poder detenernos por razones de brevedad en el análisis de tan formidable tarea intelectual, no podemos dejar de mencionar dos obras fundamentales: sus *Instituciones políticas y constitucionales*, de 7 tomos, con su tercera edición publicada en Caracas en 1997 y sus *Estudios de derecho administrativo*, de 6 tomos, editados en dicha ciudad en 1979.

Es académico de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela desde 1978 y ejerció su presidencia en 1998 y 1999.

En el plano internacional es vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en La Haya, desde 1982; miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, desde 1984 y miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, con sede en París, desde 1976.

Ha ocupado importantes cargos públicos en su país, de los que destacamos los de magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia entre 1979 y 1984, senador por el Distrito Federal entre 1980 y 1983, minis-



tro de Estado para la Descentralización entre 1993 y 1994 y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999.

No obstante su impar tarea, actualmente sigue trabajando y en tal sentido expreso que tengo el placer de compartir un proyecto con Brewer Carías, impulsado por la Rutgers University de New Jersey, de estudio de las constituciones provinciales en los países federales, que será publicado por la Editorial Kluwer.

Asimismo debo destacar muy especialmente su lucha indeclinable por los valores republicanos y democráticos del Estado constitucional de derecho en su país y en América Latina.

Para esta Academia es un verdadero honor contar con un miembro de tan relevantes calidades y a quien saludo en este acto de recepción, con mi más profundo respeto y consideración.



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN ESPAÑA,  
PROF. DR. RICARDO ALONSO GARCÍA \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Ernesto J. Rey Caro, en acto público llevado a cabo el 18 de noviembre de 2003

*Palabras del académico de número Dr. Ernesto J. Rey Caro*

Hace algún tiempo, debatiendo la función de las Academias de Derecho, en un encuentro que muchos recordaremos por la profundidad y por el prestigio de quienes abordaron el tema se destacó, que sin olvidar la función docente que les es tradicional y esencial, debían estas instituciones adecuarse a los tiempos históricos, aglutinar esfuerzos y coordinar los estudios y propuestas dirigidos a la difusión de la cultura jurídica, y que para cumplir con esta meta, sus miembros se constituían en los principales artífices, los vasos comunicantes y la savia que la nutren. La incorporación de nuevos integrantes y la renovación periódica y natural de sus juristas las hace revivir, en un proceso que desde antaño, no reconoce solución de continuidad.

Como afirmación de esta realidad, hoy estamos nuevamente reunidos, como afortunadamente ha acontecido no pocas veces en este año, para dar la bienvenida al recientemente designado miembro correspondiente de esta corporación, profesor Dr. Ricardo Alonso García.

Se me ha concedido el honor de pronunciar algunas palabras de salutación, empresa que no siempre resulta fácil cuando, por las limitaciones de

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 115/130.

tiempo que la prudencia aconseja, debo reseñar los antecedentes y efectuar una semblanza profesional y académica de una personalidad relevante en el campo del derecho. Soy consciente de que incurriré en muchas omisiones, que espero que nuestro nuevo compañero, sabrá comprender.

La juventud de Alonso García no ha sido óbice para el logro de tantos méritos académicos. Más aún, constituye un hecho que debe enorgullecer a quienes fueron sus maestros, que tempranamente pudieron apreciar los frutos de tan noble función. Desearía mencionar, sin desmerecer a otros, a don Eduardo García de Enterría, notable jurista, también miembro de esta Academia, con quien compartiría la autoría de varios libros, y a su padre, don Manuel Alonso Olea, relevante miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación y reconocido hombre de derecho, cuyo lamentado fallecimiento se produciría a principios de este año, de quien seguramente heredaría tan genuina vocación y que le transmitiría un ejemplo de vida que luciría como el mejor legado. No tengo dudas de que hoy, don Manuel, le está acompañando.

Alonso García obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid con la tesis «Hacia un *ius publicum commune* europeo», con la máxima calificación, recibiendo el premio Extraordinario de Tesis Doctorales en Derecho Público de esta acreditada institución universitaria. El tema de su investigación nos está marcando la línea axial de sus estudios, que en pocos años lo convertiría en uno de los referentes obligados para todo aquel que pretendiese comprender el exitoso y hasta ahora inimitable proceso de integración emprendido en el Viejo Continente. Por otra parte, al galardón recibido le seguirían otros, entre ellos el que recientemente le fuera discernido, el «Rafael Martínez Emperador», otorgado por el Consejo General del Poder Judicial de su país, por su trabajo «El juez español y el derecho comunitario».

Sería imposible reseñar una obra -libros, monografías, comentarios, artículos en prestigiosas revistas jurídicas de varios continentes- que a muchos de nosotros nos llevaría casi una vida concretar y que Alonso García ha materializado en escasos años.

Sirvan como muestra las ediciones de *Derecho comunitario*, *derechos nacionales y derecho común europeo*, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, *Derecho comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, *Tratado de la Unión Europea*, *Código de la Unión Europea* (en coautoría con García de Enterría y Tizzano), *Tratado de*

*Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea: solución de controversias e interpretación uniforme, La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario, Tratado de Niza, Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, La encrucijada constitucional de la Unión Europea* (esfuerzo colectivo), etc., obras que han merecido elogiosos comentarios por parte de la doctrina europea y americana y también por cierto, de la argentina. Quien consulte el último volumen del *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, recientemente aparecido, podrá corroborarlo (allí se encuentran agudas reflexiones de las Profs. Drnas de Clément y Salas). Es más, muchos de los aquí presentes, entre los que me incluyo, cuando hemos querido desentrañar la compleja realidad europea, necesariamente nos hemos valido de estos enjundiosos estudios.

La tiranía del tiempo nos impide examinar aquí, como se hubiera merecido, el rico contenido de tan importante contribución destinada a dilucidar desde su meollo, el denominado «derecho comunitario». No obstante, no pasa desapercibido su pensamiento objetivo y crítico, que deja entrever su sólida formación jurídica, y que le permite igualmente introducirse con singular éxito, en el universo institucional y normativo de la ahora Unión Europea.

En estas obras se pone de manifiesto también, la preocupación de Alonso García tanto por mostrar los componentes estables y vertebrales del proceso, como las mutaciones y avances que lo han signado, producto de la dinámica que lo caracteriza y que ha adquirido, en muy escaso tiempo, un ritmo que lejos estuvieron de prever sus fundadores. Nos preguntamos, ahora más que nunca, si Schuman, Spaak, Adenauer o de Gásperi, -entre otros estadistas de la posguerra- pudieron imaginar v.gr. la «Europa de los veinticinco», en la que Estados otrora separados por una barrera ideológica que parecía no tener límites temporales de permanencia, de pronto se aúnan en pos de hacer realidad aquel sueño que inspiró a tantos filósofos, políticos y pensadores europeístas, desde Pierre Dubois en el siglo XIV hasta nuestros días, y no ha pasado tanto tiempo desde que Jean Monnet, primer presidente del órgano ejecutivo de la CECA dijera que ésta «era la primera manifestación de una Europa naciente». Hoy es la Europa adulta. De allí que aguardemos con marcado interés sus reflexiones sobre la nueva, pero no última etapa, de la integración europea, como lo fueron en su momento el Acta Única, Maastricht o Amsterdam.

Esta semblanza de Alonso García no puede omitir su brillante carrera docente en la que, siguiendo el derrotero de un exigente régimen de acceso, se vio coronada con la obtención de la Cátedra de Derecho Administrativo y Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid, en 1996. Asimismo, son muchas las universidades y prestigiosos centros de estudio que lo integrarían a su seno como profesor, incluida la Universidad Nacional de Córdoba, con la que, como sus amigos conocemos, le une una particular vinculación. Otros tantas instituciones científicas también lo cuentan como miembro, sea titular, correspondiente u honorario. Dirige, con particular eficacia, el Master de Derecho de la Unión Europea de la Universidad Complutense de Madrid, que congrega todos los años a estudiantes argentinos y en cuyas actividades han colaborado, merced a su generosidad y apertura, varios profesores de nuestra universidad.

Asimismo, *inter alia*, ha sido encargado del Curso General de Derecho Comunitario de la Academia de Derecho Europeo (Florencia, Italia) y ha impartido numerosos cursos de formación para magistrados de Estados comprometidos en otros procesos de integración.

No cabe duda que mientras mayor complejidad alcancen estos procesos, las exigencias en cuanto a la preparación de los jueces nacionales serán más estrictas y apremiantes.

En esta línea se enmarca la obra tan justicieramente premiada de Alonso García, ya referida, que entre otros méritos, ha constituido una respuesta eficaz e inmediata a las sugerencias del «Grupo de Trabajo sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas», elaboradas para la Comisión y presentadas a comienzo de 2000.

En él se destacaba: «El Grupo no oculta que el aspecto esencial de las reformas propuestas es una mejor aptitud de los jueces nacionales para solucionar por sí mismos, con clarividencia, un número creciente de cuestiones de derecho comunitario que surgen en el ejercicio de las competencias nacionales». Y consideraba que tal resultado sólo podrá obtenerse gracias a una acción resuelta y perseverante de los Estados miembros, y agregaba que con tal finalidad debía fijarse un doble objetivo. Por un lado, garantizar urgentemente una mejor formación en derecho comunitario de todos los que contribuyen a la formulación de las cuestiones prejudiciales -de abogados y jueces- y un mejor estudio de la jurisprudencia; y por el otro, poner a disposición de tales profesionales una información adecuada de los elementos más recientes de legislación

y de la jurisprudencia comunitaria. Aconsejaba también la creación de centros nacionales de información sobre el derecho comunitario.

Podríamos preguntarnos, si no es el momento de anticiparnos y recoger estas sugerencias para trasladarlas a nuestra realidad, que aunque diferente, igualmente requiere respuestas que no se deben postergar.

Es precisamente en relación con uno de estos procesos, que congrega a países de este extremo del continente americano, donde Alonso García ha mostrado una peculiar vinculación y ha tomado un activo protagonismo. En efecto, no sólo se ha desempeñado como árbitro en el Mercosur, presidiendo el tribunal que dictaría el último laudo en el que abriría una nueva corriente jurisprudencial en torno de la conducta procesal de las partes y a la sanción de ella, en ciertos casos, sino que ha sido convocado como experto, al abordarse la profundización de la estructura institucional del Mercosur, y a su eficaz participación se debe el reciente Acuerdo Interinstitucional suscripto el 6 de octubre, entre el Consejo Mercado Común y la Comisión Parlamentaria Conjunta. Alonso García se ha incorporado a los más altos niveles, en un proceso de integración en el que se hallan comprometidos nuestro país, Brasil, Paraguay y Uruguay y sobre el que hemos depositado tantas expectativas. Pocos europeos, desde tan lejos, han estado, y están tan cerca de esta peculiar realidad.

He aquí sólo una breve reseña de las múltiples facetas de la personalidad de nuestro nuevo miembro correspondiente. Concedámosle, ahora, el protagonismo que para este acto le ha sido reservado.

He dejado para este postrer momento los sentimientos propios de una fraternal y fecunda amistad, forjada en comunes inquietudes y en múltiples coincidencias, que aseguran su intangibilidad. Inspirado en ellos y cumpliendo con esta grata encomienda, deseo, querido Ricardo, darte la más cordial bienvenida a nuestra corporación.





RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN EL SALVADOR  
DR. JORGE ANTONIO GIAMMATTEI AVILÉS \*

La presentación estuvo a cargo del presidente honorario Pedro J. Frías y del señor académico Dr. Francisco I. Giletta en acto público llevado a cabo el 25 de noviembre 2003

*Palabras del presidente honorario Dr. Pedro J. Frías*

Conozco Centroamérica por escalas en sus aeropuertos, que me permitieron apreciar algunas ciudades y su entorno, y también por los comentarios de sus diplomáticos en Bélgica y Roma o por las cartas de mis amigos Valladares sobre el acontecer en Guatemala. Pero gracias al intelectual que tengo el honor de saludar en nombre de esta Academia, tomé conciencia de su significación. En efecto, tuve la satisfacción de escribir una contratapa para su libro *Conciencia centroamericana II* del 200.

Creo que leerlo me ayudará a presentarlo:

«Un ilustre jurista salvadoreño, Jorge Antonio Giammattei Avilés, Primer Presidente y actual Magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia, encarna en sí mismo el protagonismo de su Región. En efecto, entre 1907 y 1918, Centroamérica erigió el Primer Tribunal Internacional permanente y obligatorio del mundo, en el que los particulares fueron considerados, por primera vez, sujetos procesales activos. La Corte actual se plasmó en el Protocolo de Tegucigalpa y lo han ratificado El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 131/149.

Pero la Región Centroamericana es docente en la voz del autor de este libro, que reúne algunas de las conferencias dictadas en los foros más diversos. Como especialista en legislación agraria y ambiental, las propuestas nos recuerdan que la Tierra no es un planeta como los otros, porque está cubierto de una sutil lámina de vida. Y para ella, el ser humano es una promesa o una amenaza. También nos enseña sobre los convenios de la Corte con universidades, creando vínculos de cooperación que cada vez se sienten más necesarios para evitar la soledad recíproca de la Justicia y las casas de altos estudios.

La aplicación de normas internacionales -asunto delicado como lo revela la actualidad- y la integración centroamericana están en la profundidad de la docencia del autor. Y con estos temas centrales, la confrontación del derecho comunitario europeo y centroamericano, tan rica en principios y matices.

No podría faltar una reflexión sobre deberes y derechos de los jueces, ahora que se habla hasta de codificar una ética judicial.

La reseña sólo abre el interés del lector. La docencia es una oportunidad para todos, porque como dijo Ortega y Gasset a los españoles: «*Si no sabemos lo que nos pasa, eso es lo que nos pasa*».

Pero sus servicios a la integración centroamericana se multiplican. Aquí en la Academia tenemos su *Guía de la integración centroamericana* que puedo describir con las propias palabras de su Introducción: «Se ha elaborado en forma concreta, práctica y sencilla, para que posibilite el estudio del origen, funcionamiento y fines de la Comunidad Centroamericana, cuyo fundamento ha de encontrarse en los valores que constituyen la herencia común de los pueblos, que son la fuente de los principios de libertad individual, libertad política y supremacía del derecho, sobre los que se basa toda democracia auténtica».

Ante todo se transcriben los artículos constitucionales de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, que fundan las relaciones de integración. También se diferencian brevemente la cooperación y la integración. Se analizan los contenidos de la integración, los principios constitutivos, los objetivos, los procedimientos y extensamente los principios del derecho comunitario.

El IV Capítulo se ocupa del Sistema de Integración Centroamericana -SICA-, su ordenamiento jurídico, sus órganos, los problemas -que los hay-, las recomendaciones y concluye con cuadros sintéticos, muy útiles. Termina con una abundante bibliografía.

¿Por qué me he detenido en esta guía? Es que me interesa difundirlas, porque son necesarias para un conocimiento rápido de propios y extraños y, desde luego, de posibles inversores.

En un artículo en Cuaderno de Federalismo, presenté la Guía de Galicia, que nuestro colega Fraga Iribarne, presidente de la Xunta de Galicia, llama «vitrina» y lo es, porque tiene todo: desde cultura e historia, hasta un directorio completo para facilitar cualquier conexión.

Y en Tucumán, Enrique J. Martínez, vinculado a la Bolsa de Comercio de Tucumán ha editado su «Guía», que es tan útil como no pueden imaginarse. Lo es para posibles inversores, examinando escuetamente la provincia, sus servicios, y producción, y todas las formas de vincularse con ella. Aprovecho para señalar que toda provincia debiera tener una guía así y estoy tratando de que la tenga Córdoba.

Como nuestro académico Giletta lo conoce más, porque los ha vinculado el derecho agrario, le ruego continúe esta presentación, que despierta nuestro fervor. Porque como dijo Marshall, «los caminos vienen, pero hay otros que van». Hoy la Academia va hacia Centroamérica.

*Palabras del académico de número Dr. Francisco I. Giletta*

Señores académicos, señoras y señores:

Asumo la responsabilidad y el honor que generosamente me concede el amigo Dr. Pedro Frías, consciente de que mis «pensamientos son tímidos e inseguras las ideas» pues «el vivir en casa de barro hace pesado el espíritu con sus mil pensamientos». A pesar de ello intentaré completar el mosaico vivencial del Dr. Giammattei Avilés y que comenzara a pintar tan bien el Dr. Frías.

Conocí a Jorge Antonio Giammattei Avilés en Costa Rica, en el II Congreso Mundial de Derecho Agrario en 1992. Desde esa fecha hasta ahora, a pesar de la distancia, nunca se cortó la comunicación, existiendo una gran afinidad de pensamientos en temas comunes.

Brevemente destaco algunos aspectos de su vida: el jurista que distinguimos hoy como académico sufrió el exilio, el desapoderamiento de bienes por los gobernantes de turno, la persecución, el dolor de ver a su hijo luchando en la selva para rescatar la libertad .... Sentenciado a muerte por la guerrilla de la República de El Salvador, se refugió con su familia en México donde ejerció como abogado y profesor universitario. Regre-

só a su patria cuando se normalizó institucionalmente y aceptó el cargo de primer magistrado de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional a partir del 1º de julio de 1989 hasta junio de 1994.

Continuó su vida como magistrado presidente de la Corte Centroamericana de Justicia, con sede en Managua (Nicaragua), durante dos períodos y en la actualidad de nuevo se desempeña como presidente. Allí defiende lo que es objetivo fundamental de la Corte Centroamericana: «la conciencia centroamericana».

Como profesor universitario ejerció y ejerce en varios países, cátedras de diversas materias, destacando por su importancia la de «Derecho Comunitario y Agrario Comparado» de la Scuola Superiore Di Studi Universitari de Pisa (Italia).

Giammattei Avilés es autor de quince libros de derecho, fundamentalmente dedicados a temas de derecho constitucional. Asistió a innumerables congresos nacionales e internacionales y en todos ellos dejó su huella, su pensamiento señero. Jurista inquieto no sólo llega con el libro sino también con su palabra justa y adecuada. Así impartió conferencias en importantes instituciones de El Salvador, Nicaragua, Honduras, Paraguay, Quito, Ecuador... y señaló en especial la pronunciada ante la Corte Costituzionale de Roma. Por todo ello ha tenido reconocimientos como la medalla «Orden al Mérito», de la Federación de Asociaciones de Jueces de Venezuela y diplomas de reconocimiento en El Salvador y Paraguay.

Giammattei Avilés viene de El Salvador, llamado por los antiguos habitantes Cuzcatlán: «tierra de maravillas», maravilla por su exuberante naturaleza, por sus enigmáticas riquezas arqueológicas y maravilla sobre todo por la calidad y el carácter afable y amigable de su pueblo. Tenemos hoy aquí un digno representante.

En ese pueblo lleno de poesía existe una hermosa leyenda sobre la palmera. Por razones de brevedad sólo transcribo el final: «Es por eso que en El Salvador, donde la selva es húmeda y cerrada y los árboles crecen como torres que se empinan buscando el cielo, la palmera real es la principal e inigualable. Antes de ser derribada se le unta aceite oloroso al tronco, para que el espíritu del árbol se entretenga con el perfume y no sienta el dolor de la herida». Hoy se incorpora a nuestra querida Academia de Derecho de Córdoba el Dr. Jorge Giammattei Avilés que, como palmera real, erguida y firme, seguramente sabrá seguir dando sus frutos para el bien de su país y del derecho. Muchas gracias.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN SAN JUAN  
DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO \*

La presentación estuvo a cargo del señor presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés en acto público llevado a cabo el 9 de septiembre de 2003

*Palabras del presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés*

Señor presidente, señores académicos, señoras, señores:

Tengo hoy como misión dar la bienvenida de nuestra Academia como miembro correspondiente en la provincia de San Juan al Dr. Pascual Eduardo Alferillo y puedo decirles con orgullo que nuestro nuevo compañero, por su formación, pertenece a la escuela cordobesa de derecho civil, nacida en pos de la obra de otro destacado sanjuanino, que fuera presidente de nuestra Academia, don Henoch D. Aguiar.

Alferillo cursa sus estudios secundarios en San Juan, donde se recibe de bachiller agrario en 1973, y se traslada a Córdoba donde se recibió de abogado en noviembre de 1977, y de notario un mes después, a los 22 años de edad. El paso por los claustros de la Casa de Trejo, imprime carácter, deja un sello muy especial en sus egresados y los prepara para cumplir con el lema que la orienta: «para que difundas mi nombre entre las gentes» («*ut portet nomem meum coram gentibus*»). Ya en sus épocas de estudiante el espíritu de Alferillo se inflama con el aliento nutricio de la Universidad cordobesa, que tiene cierta magia que cautiva a quie-

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 151/180.

nes se acercan a ella, y siente el llamado que le reclama dedicar su tiempo al estudio serio y reflexivo, y así lo reconocerá años después, en las «Palabras preliminares» a su tesis doctoral, cuando recuerda que «se introdujo para siempre en el camino de la investigación cuando aquel Instituto de Derecho Comparado ‘Martínez Paz’ de la Universidad de Córdoba abrió sus puertas a las inquietudes de profesionales noveles y estudiantes avanzados».

Precisamente se contaba entre los estudiantes avanzados cuando elabora sus primeros trabajos, en dos de los cuales me detendré brevemente. En efecto, en 1976 concurre a un seminario sobre «La mora en el derecho comparado», y concreta sus esfuerzos presentando un estudio muy completo sobre «La mora del acreedor y el curso de los intereses», que verá la luz en el N° 830 de la Revista Notarial de La Plata y, por sus méritos, recibirá como galardón el «Premio autores noveles - año 1977».

Permítanme aquí una digresión: fue para mí sumamente emotivo asistir en La Plata al acto en que se hizo entrega a Alferillo de la medalla de oro con que se premiaba su trabajo, porque por una feliz coincidencia ese día se premiaba también, en la categoría de autores extranjeros, a un entrañable amigo, que fue también correspondiente de nuestra Academia y con quien hoy intercambio las «Cartas al cielo», don José María Chico y Ortiz.

Con relación al tema del trabajo de Alferillo recordemos que la Reforma del Código Civil de 1968 había introducido un significativo cambio al régimen de la mora del deudor, pero no suplió el vacío del Código sobre la mora del acreedor, lo que acrecentaba la importancia de indagar sobre el tema. El joven estudiante comprende que reunía aspectos de importante incidencia práctica y de profundización teórica, e indaga en ellos con acopio de datos, entre los cuales se encuentran presentes la doctrina y jurisprudencia nacionales, y también los antecedentes de legislación extranjera y de doctrina alemana e italiana. Destaquemos, además, que el tema tenía repercusión en la práctica judicial, sobre todo en una época en que la inflación incidía agudamente en el valor de las prestaciones, y era menester atender cuidadosamente a la conducta de las partes a fines de determinar cuál de ellas era responsable por el retraso en el cumplimiento.

También de sus épocas de estudiantes data otro interesante trabajo sobre «La reconocibilidad del error de derecho en el Código Civil», que fue publicado en el Boletín de nuestra Facultad de Derecho (1976-1977,

pág. 223), y poco después de recibirse continúa su camino, con estudios que señalan el rumbo que ha de seguir en su vida.

Luego, en el primer trabajo que publica, siendo ya abogado, aparece otra faceta: su preocupación por problemas regionales, vinculados con la actividad agraria, y las relaciones entre el productor de la materia prima (uva, caña de azúcar, trigo o aceitunas) y los elaboradores (bodegueros, ingenios, molinos, etc.), que suele tomar en muchos casos la forma de un «contrato de maquila»; ese trabajo aparece en la Revista del Colegio de Abogados de San Juan y el tema continuará preocupándolo, hasta que plasme en su tesis doctoral que versará precisamente sobre el «Contrato de elaboración por el sistema de maquila», que es presentada en la Universidad de Mendoza, y aprobada en noviembre de 1993, con la calificación de sobresaliente y mención especial aconsejando su publicación, que se concretará algún tiempo después en Ediciones Jurídicas Cuyo.

Es cierto que el mundo moderno exige cada día una mayor especialización, pero nuestro nuevo compañero ha comprendido que la mirada del jurista no debe cerrarse a una sola rama del derecho, y menos todavía a un solo tema, y también que en la tarea de investigar la cooperación y el trabajo en equipo resultan indispensables. Vemos así que en 1980 trabaja junto a Delia Ferreira Rubio unas «Reflexiones sobre los fallos plenarios», destinadas a integrarse en un Libro Homenaje, y en épocas más recientes lo vemos preocuparse por «La crisis del Estado benefactor y la justicia social en la Argentina», o por «El habeas data en la ley adjetiva de San Juan».

Mientras tanto, dedicado con éxito al ejercicio profesional, participó activamente en las actividades del Foro de San Juan, entidad equivalente en cierta medida a nuestro Colegio de Abogados y desde el Instituto de Derecho Civil de esa entidad presidió la Comisión Organizadora de tres Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas en 1982, 1984 y 1986, convirtiéndose en lo que algunos gustan en denominar un «operador» del derecho. Forjó allí firmes lazos de amistad con las más destacadas figuras de la especialidad, entre ellas Aída Kemelmajer de Carlucci, quien fue la directora de su tesis, dada en la Universidad de Mendoza, donde previamente había aprobado los cursos de doctorado con una monografía sobre «La reivindicación en la quiebra».

Sus inquietudes por los problemas sociales lo llevaron a desempeñar cargos públicos y allí lo hemos visto desde comienzos de 1991, hasta marzo de 1993, como fiscal de Estado adjunto de la provincia de San Juan, función obtenida con el acuerdo de la Cámara de Diputados y lue-

go, entre 1995 y 1996 ocupar la Subsecretaría de Trabajo, lugar propicio para proyectar en obras su preocupación por los problemas económicos y sociales. Ustedes saben que la personalidad de un ser humano no se agota en su actividad profesional, sino que presenta múltiples facetas, en las que afloran distintos aspectos de sus sentires más profundos. El ejercicio exitoso de la labor profesional le permitió adquirir, junto con un amigo, que era entonces su socio, Adolfo Caballero, un pequeño campo en el norte de su provincia, más allá de Jachal, en la zona de Iglesia, y construyó una modesta casa de descanso, a la que denominó «El Retiro».

Allí uno de sus recreos intelectuales es contemplar las aves que lo pueblan y procurar identificarlas. Ese amor por la naturaleza lo ha llevado a escribir algunas líneas que -pidiéndole disculpas por la infidencia-me permitiré leerles: *«Mi debilidad es disfrutar de la naturaleza en vivo, al punto que en «El Retiro» como se llama el campo comunero que tenemos con el Negro, está prohibido terminantemente cazar pájaros. El placer de escuchar sus trinos y ver su actividad no tiene precio ponderable. En la cercanía de la casa han formado nidos dos parejitas de petirrojos, a los que también llaman comúnmente «brasitas» y hacen las delicias de nuestra vista. En el verano apareció un pájaro que nunca había visto, tenía el caminar de un hornero, con tamaño mayor; la parte superior de la cabeza, espalda y alas con los colores parecidos al gorrión pero el pecho con un llamativo color amarillo-anaranjado. Pregunté en la zona y nadie lo conoce. Con mi familia lo observamos con largavista. En el campo hay mucha actividad de pájaros dado que en los últimos años se ha cultivado lechuga para semilla lo cual les brinda abundante alimento».* Pero no sólo lo atrae la ornitología, sino también la arqueología, y cuando en junio de 2002 puede tomarse unos días de vacaciones, escribe: *«... la única actividad especial fue la de visitar un lugar histórico donde aparecen restos de la civilización nativa de la zona de Iglesia, que está situada en el paraje denominado Bella Vista. Encontrar algunas cerámicas que tienen caritas que iban incrustadas en alto relieve en los jarrones, muestra que los nativos eran personas muy pacíficas... Tengo en mente donar algún pedazo de terreno para hacer un museo indígena, pues los particulares de la zona guardan cosas que se encuentran y es una lástima que las generaciones venideras no conozcan las culturas originales de esta tierra...».*



Y concluyo estas pinceladas íntimas con un toque de espátula, que es el elemento de trabajo que emplea cuando en horas de ocio se dedica a pintar un cuadro. Cuando visito mi rancho de la serranía cordobesa gozo contemplando una naturaleza muerta de su autoría, de mucha fuerza y colorido, donde luce un vaso de flores, con una roja y atractiva manzana.

Creo que me he excedido en mis palabras, pero no puedo concluir sin recordar antes que Alferillo ha transitado por la docencia, tanto en el nivel secundario como universitario y se desempeña actualmente como profesor titular de Derecho Privado I, en la Universidad Nacional de San Juan, pero no lo hace como un simple enseñante, que se limita al dictado rutinario de clases, sino que para facilitar a sus alumnos el estudio de la asignatura ha publicado una *Introducción al Derecho Civil* (San Juan, 2000), y ha dejado el ejercicio profesional para ingresar en la magistratura en 1996, como juez de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, nombramiento efectuado a propuesta del Consejo de la Magistratura.

Las nuevas tareas no han frenado su inquietud, sino que la han potenciado llevándolo a integrar desde 1998 el Consejo Directivo de la Escuela Judicial de la Provincia de San Juan, continuar investigando y publicando artículos y monografías, y a participar con ponencias en Congresos y Jornadas.

Sé que en estas últimas épocas se encuentra trabajando sobre «El Estado social sanjuanino. Historia. Crisis y prospectiva», el «Valor de la vida humana», el problema de la prejudicialidad penal, y la buena fe, tema sobre el que ha enviado una excelente colaboración para integrar un libro próximo a aparecer, coordinado por el Dr. Marcos Córdoba. Precisamente hoy, en este acto de recepción académica, lo escucharemos reflexionar sobre «la mala fe».

Pascual: así como me emocionó acompañarte cuando recibiste tu primer galardón como investigador, hoy me resulta muy grato haberte dado la bienvenida en nombre de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba como uno más de nuestros compañeros. Nada más.



RECEPCION DEL ACADÉMICO  
CORRESPONDIENTE EN ROSARIO  
DR. JORGE WALTER PEYRANO \*

La presentación estuvo a cargo del señor académico correspondiente Dr.  
Armando S. Andruet (h) en acto público llevado a cabo el 16 de  
noviembre de 2003

*Palabras del académico de número Dr. Armando S. Andruet (h)*

- Egresado con Medalla de Oro en la Facultad de Derecho la Pontificia Universidad Católica Argentina - Delegación Rosario.
  - Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral.
  - Vocal de Cámara en la Ciudad de Rosario.
  - Profesor titular de Derecho Procesal en Universidad Nacional de Rosario.
  - Profesor titular de Derecho Procesal I en la Facultad de Derecho de la P.U.C.A. delegación Rosario.
  - Prof. honorario en diversas universidades de la República del Perú (Universidad Nac. Mayor de San Marcos en Lima, Universidad de San Agustín en Arequipa, Universidad San Luis Gonzaga en Ica). También es Prof. visitante de la Universidad Autónoma de Honduras.
- Sus actividades en el postítulo no han sido menores.
- Profesor del Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la P.U.C.A. delegación Rosario.

---

\* La conferencia se lee en la Sección Doctrina, págs. 181/244.

- Director de diferentes posgrados en Derecho Procesal Civil organizados por la Universidad Nacional del Litoral, Universidad Católica de Cuyo, Facultad de Derecho de la la P.U.C.A., delegación Rosario.

Ha sido invitado a participar en prácticamente la totalidad de posgrados que sobre su materia han sido ofertados, tanto de universidades privadas como públicas.

Miembro de diferentes asociaciones de derecho procesal. Entre ellas, no se puede desconocer el sitio selecto que ocupa en la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

Es miembro también de diferentes consejos de redacción de revistas de la especialidad, tanto nacionales como extranjeras. Tiene una proficua actuación como jurado académico y miembro de tribunales de tesis doctorales en universidades del país.

Dicho desarrollo académico, tal como corresponde no puede ser en soledad y por ello ha fundado, conducido y hoy sigue vinculado como presidente honorario, con el ya casi mítico Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario que, como es conocido, ha generado una fuerte presencia bibliográfica en todo el país.

Ha sido *distinguido* por esta Academia Nacional de Derecho, con el Premio Academia 1995 por sus actividades en derecho procesal. Al respecto no está de más recordar que con dicho galardón esta Academia ha honrado a quizás los más encumbrados juristas de la República desde 1976, cuando se instituye el Premio hasta la fecha. Acompañan a Peyrano como galardonados, y cada uno de ellos en sus respectivas áreas científicas, entre otros: Guastavino, Carrera, Richard, Brebbia, Sagüés, Andorno, Laje Anaya, Lorenzetti. Todos los nombrados ya son miembros correspondientes o de número de esta Academia.

Las *obras* de Peyrano son numerosas, existiendo ellas en sus diversas escalas; así, en orden a artículos doctrinarios, son aproximadamente 300 los publicados, y que ocupan un lugar preferente en la totalidad de las revistas jurídicas de primera línea de nuestro país y también extranjeras.

Respecto a los *libros* del autor, desde 1978 -cuando ve la luz la primera obra autónoma, intitulada: *El proceso civil. Principios fundamentales*- hasta la fecha, se pueden inventariar casi una treintena, y razones de brevedad imponen no poder hacer comentario particular sobre ellas.

En este orden y para dejar de cronocar cuestiones que en realidad han sido largamente evaluadas ya por la misma comunidad científica y

académica, nos parece posible marcar un sesgo de la obra de Peyrano, con el grave riesgo de que nuestra apreciación pueda ser injusta y reprobadada por el mismo autor. De cualquier manera lo hacemos.

Jorge Peyrano es un hombre intelectualmente inquieto, ello hace que no sea justamente la ortodoxia procesal la que como tal transita.

Nos animamos a afirmar que su pensamiento no es meramente procesal, sino que propiamente el jurídico que profesa, es siempre el propio de un intelectual de fronteras. Intelectual de fronteras digo, no porque esté allí donde ya nada hay sino porque en realidad su propia formación de hombre culto lo hace entrar en diálogo con otras disciplinas no propias de la ciencia jurídica pero complementarias a ella. De allí que esa ósmosis, es la que permite que la literatura no le sea nunca ajena y que los parámetros axiológicos y filosóficos, no sean un descuido en su estudio, sino una verdadera preocupación.

En realidad debemos apuntar, luego de atender con detalle su obra, no ya por la mera consulta sino por la verdadera crítica que de ella se puede hacer, que ha sido casi verdadera obsesión del autor, pensar que el proceso no es un mero instrumento de realización sino que es realización misma, no ya del derecho sino de la justicia.

Que los jueces, en consecuencia, no son meros ejecutores o cultores de aquél, sino que en rigor tienen un compromiso fuerte en la sociedad y que para decirlo en términos aristotélicos, el juez es la misma justicia viviente. Por ello es que al menos intelectivamente Peyrano se ocupa de dotarlos de los medios para que ello pueda acercarse en lo fáctico concreto y en dicha gestión es que se advierte esa impronta propia del autor, que nos animaríamos a señalar como del «pragmático romántico».

El profesor Peyrano es consciente de que la realidad judicial en gran medida la hacen los jueces, como él, pero no corresponde que sea a espaldas de lo justo en el caso concreto, aun sabiendo siempre que la pléyade de jueces no siempre está dispuesta a acompañar con una vinculación diferente y por lo tanto más comprometida su misma labor en la judicatura.

Por ello es que él mismo se ha reconocido militante en un existencialismo jurídico y si bien puede sernos frecuente para iusfilósofos dichas taxonomías ideológicas, no son corrientes para quienes militan en el derecho procesal, salvo que como Jorge Peyrano, guarden un siempre vigente apotegma, de que saber derecho es siempre mucho más que

conocer las normas. Conocer derecho y mucho más juzgar mediante él, es en realidad no olvidar al hombre que es el único que explica existencialmente la realización del derecho.

Mis palabras aquí cesan; he dicho lo que he creído conveniente para recibir fraternalmente en el seno de esta corporación académica al Dr. Jorge Walter Peyrano, con quien además cultivamos una sincera amistad y es por lo que el nuevo miembro correspondiente sabrá dispensar mis errores y omisiones en esta presentación.

## **PREMIOS**





ACTO DE ENTREGA DE LOS PREMIOS «DALMACIO  
VÉLEZ SÁRSFIELD», TESIS SOBRESALIENTES  
Y PREMIO JOVEN JURISTA

Córdoba, 9 de diciembre de 2003.

*Palabras del presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés*

Señor presidente, señor presidente honorario, señores académicos, señoras y señores:

Nos convoca a este acto la entrega de dos de las distinciones que periódicamente discierne nuestra institución: el Premio Joven Jurista, que desde hace casi dos décadas se otorga en años impares, y procura descubrir y estimular a estudiosos con talento, que están dando sus primeros pasos en la ardua y empeñosa tarea de búsqueda y realización de la justicia por el camino del estudio sin pausas ni descanso, que en esta oportunidad, se ha otorgado al abogado Carlos A. Molina Sandoval, a lo que se agregaron menciones especiales para el Dr. Ezequiel Abásolo y el abogado Gustavo A. Arocena.

Los méritos de cada uno de los galardonados han sido debidamente valorados por los académicos que integraron el Jurado encargado de discernir el Premio, como da cuenta el acta que acaba de leerse. El transcurso de los años ha ratificado el valor de estas distinciones, y el acierto con que se ha procedido al otorgarlas seleccionando valores jóvenes que, en la mayoría de los casos, han continuado una trayectoria ascendente, ornada con destacados logros posteriores ya sea como

publicistas <sup>1</sup>, magistrados <sup>2</sup>, docentes universitarios <sup>3</sup>, e incluso llegando dos de los juristas que obtuvieron ese premio a ocupar hoy sillones de nuestra Casa como miembros de número <sup>4</sup>.

La otra distinción que hoy se entrega es el «Premio Publicación - Dalmacio Vélez Sársfield», destinado a tesis sobresalientes inéditas, galardón con el cual la Academia contribuye a la difusión de obras de investigación que han culminado en una tesis doctoral que al ser juzgada por el correspondiente tribunal ha merecido la más alta de las calificaciones; se procura así especialmente hacer conocer por la comunidad jurídica trabajos valiosos que permanecen ignorados, ya que en muchos casos la industria editorial, por razones económicas, prefiere publicar obras que tienen más «mercado», como un libro que contenga modelos de contratos, o modelos de demandas, aunque nada aporten al progreso de las ciencias jurídicas.

Este premio se instituyó en el 2000, con motivo del Segundo Centenario del nacimiento del patrono de nuestra Academia, el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, evocando el empeño con que el ilustre autor del Código Civil, cuando en nuestro país prácticamente no existían editoriales jurídicas, procuró llenar ese vacío y dar difusión a obras como el *Prontuario de práctica forense*, de Manuel Antonio de Castro, cuyos borradores inéditos ordena y corrige (1834); las *Instituciones del derecho real de España*, del guatemalteco José María Álvarez, que comenta y adiciona

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, la Dra. Matilde Zavala de González (Premio 1985), es una de las más prestigiosas autoras especializada en «responsabilidad civil».

<sup>2</sup> Al nombre de la Dra. Zavala de González (camarista civil en la ciudad de Córdoba), podemos sumar -entre otros- a Domingo Juan Sesin, miembro del Tribunal Superior de Justicia (Premio 1989), Julio Ceferino Sánchez Torres, magistrado civil (Premio 1987) y varios más que no menciono de manera especial para no extender excesivamente esta lista.

<sup>3</sup> Por ejemplo, Gabriel B. Ventura (Premio 1989) es catedrático titular de Derechos Reales, por concurso, en la Universidad Nacional de Córdoba y a su nombre se suman varios más que han alcanzado la titularidad de cátedras tanto en esa casa de estudios, como en la Universidad Católica de Córdoba.

<sup>4</sup> Me refiero especialmente a Ramón Daniel Pizarro, que obtuviera el Premio Joven Jurista en 1985, y Armando S. Andruet, distinguido en 1989.

(1834); y la traducción de las *Instituciones de derecho eclesiástico*, de Javier Gmeineri (1835).

En esta ocasión la Academia, entre los numerosos postulantes, ha seleccionado a los autores que menciono por orden alfabético: Susana Frascaroli, Benjamín Moissá y María Susana Najurieta, y ha tenido que dejar de lado otras tesis también muy valiosas, porque lógicas limitaciones económicas, vinculadas con las circunstancias que atraviesa nuestro país, impiden afrontar la impresión de la totalidad de los trabajos, como se hizo en años anteriores.

La experiencia recogida en estos años nos obliga a reflexionar sobre la necesidad de introducir modificaciones en el Reglamento de este Premio, que no tiene como finalidad otorgar un diploma más al flamante doctor, que ya ha obtenido el reconocimiento de sus méritos en la calificación del Jurado de Tesis, sino darle efectiva difusión como libro impreso, y permitirle disponer de una cierta cantidad de ejemplares para que pueda hacerlos llegar a bibliotecas públicas y especialistas en la materia.

Si se transforma el Premio Publicación en la simple entrega de un papel firmado por las autoridades de esta Casa y colocado en un elegante marco, se desnaturaliza y traiciona la finalidad que inspiró su establecimiento. Pero toda institución debe vivir al ritmo de los cambios que se operan en la realidad social, y un análisis cuidadoso de estas circunstancias aconseja, en primer lugar, que el Premio Publicación se otorgue a tesis que lleven ya por lo menos tres años de su aprobación, sin haber sido publicadas, para cumplir de esa manera con el objetivo de difundir trabajos que, pese a tener elevado valor científico, no ofrecían el incentivo de ganancia que atrajese a las editoriales; en segundo lugar, poner el acento en algo que ya estaba previsto desde el momento en que se creó el Premio: las posibilidades económicas, reducir la impresión en papel a no más de dos trabajos por año y, finalmente, tomar en consideración las posibilidades que ofrecen hoy las «bibliotecas virtuales», y regular como alternativa, cuando el Jurado de la Academia lo estime conveniente, se difundan otros trabajos presentados en la página web de nuestra institución.

Pero, señores, el hecho de que nos encontremos reunidos para la entrega de estas distinciones nos impulsa a reflexionar sobre las finalidades que deben cumplir las Academias, y las características propias que en cumplimiento de esos objetivos ha adquirido nuestra corporación, como fruto de una política deliberadamente adoptada, y firmemente cumplida en las últimas décadas.

En el Segundo Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, realizado en Madrid en octubre de 1996 se intentó analizar la naturaleza y el régimen jurídico de las Academias y en varias ponencias se recordó su origen histórico, desde que Platón difundió sus enseñanzas en los jardines que Academos había donado, y la evolución que a lo largo del tiempo se produce en las instituciones que han adoptado ese nombre, recordando que en nuestro caso su función más trascendente es «contribuir a la creación del derecho» y que «*si el derecho es el reflejo de la vida misma y la vida es un devenir constante, el derecho ha de estar en constante evolución, a la que han de contribuir los académicos*»<sup>5</sup>. Vemos así, por ejemplo, que en España, donde varias de las Academias nacieron cobijadas por los Colegios de Abogados, los Estatutos de la Academia de Granada aprobados el 27 de enero de 1850 establecían que su objeto era «el conferenciar y discutir las grandes cuestiones de la ciencia de la legislación y jurisprudencia escogiendo con especialidad las materias de utilidad práctica»<sup>6</sup>, aunque más adelante esa referencia a la aplicación práctica del derecho va a desaparecer y sólo se mantendrá una muy genérica alusión a que «La Academia de Jurisprudencia tiene por objeto el estudio de la ciencia y el arte del derecho»<sup>7</sup>, mientras que en los Estatutos de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación (Madrid), después de propiciar el estudio teórico y práctico de la legislación y la jurisprudencia, se establece que debe contribuir a «los progresos de la legislación española y del Derecho Internacional» (art. 4º de los Estatutos). Se toma ya posición: los integrantes de una Academia deben «estudiar e investigar», pero deben proyectar los frutos de su conocimiento sobre el resto de la sociedad.

Para cumplir con estos objetivos, en el momento actual, cada Academia suele incluir en uno de los primeros artículos de sus Estatutos una

---

<sup>5</sup> Ver José Luis LÓPEZ MOSTEIRO, «Naturaleza jurídica de las Academias», en Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Madrid, 1998, pág. 96.

<sup>6</sup> Ver Eduardo ROCA ROCA, en «La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada a finales del siglo XIX...», en Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Madrid, 1998, pág. 157.

<sup>7</sup> Art. 1º de los Estatutos de la Academia de Granada de 30 de octubre de 1879 (ver trabajo y lugar citados en nota anterior).

enumeración de los fines que persigue y del modo de cumplirlos. Y así en nuestro país vemos, por ejemplo, que la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, en el art. 2º de sus Estatutos, nos dice que sus fines son:

«1. Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que se promuevan en su seno o se le consulten.

2. Fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales.

3. Propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal»<sup>8</sup>.

Y uno de sus presidentes ha opinado que mientras en la Universidad la función que predomina es la enseñanza, «en las Academias debe prevalecer el pronunciamiento sobre temas fundamentales para gravitar comunitaria y culturalmente, sin perder de vista el estímulo de las vocaciones y la promoción de la investigación»<sup>9</sup>.

Por su parte, José Luis Merino Hernández, presidente de la más joven de las academias españolas, la Academia de Aragón, sintetiza con mucha precisión los objetivos que, a su criterio, deben perseguirse en el momento actual: «*estudio, investigación, promoción y difusión*», que considera son la esencia misma de las Academias, estimando que se trata de «dos funciones endógenas, que dan paso a otras tantas exógenas. Estudiar e investigar para, seguidamente, promover y difundir el derecho y sus valores esenciales en la sociedad en la que nos toca desarrollar nuestra labor»<sup>10</sup>.

Sin duda que el estudio reflexivo y la investigación concienzuda, son funciones primarias que pesan sobre los hombros de los académicos y que la exposición y debate de estos temas en sesiones plenarias son el primer paso a dar, pero las Academias no pueden reducirse a un cenáculo de ancianos, que por puro placer intelectual se dedican a conversar sobre temas jurídicos, pues todo ese esfuerzo carecería de sentido si el

---

<sup>8</sup> Ver José Domingo RAY, «Misión de las Academias», en Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Madrid, 1968, págs. 141-142.

<sup>9</sup> Autor y trabajo citados en nota anterior, pág. 134.

<sup>10</sup> Ver José Luis MERINO HERNÁNDEZ, «Notas a la ponencia sobre naturaleza jurídica de las Academias», en Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Madrid, 1968, pág. 123.

resultado de sus estudios no trasciende, ni contribuye al progreso de la sociedad en que viven <sup>11</sup>.

Curiosamente, los actuales Estatutos de la Academia de Córdoba, al enumerar sus finalidades en el art. 3º, de alguna manera han invertido el orden, y expresan:

«1) Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales.

2) Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales.

3) Propender al perfeccionamiento de la legislación del país».

Y decimos que es curioso porque no podemos dejar de reconocer que para cumplir con la finalidad «externa» de difundir los conocimientos jurídicos, es un paso previo ineludible profundizar en el estudio de esas cuestiones: pero, al mismo tiempo reconocemos que en alguna forma este orden coincide con la política de acción adoptada por la Academia en las últimas tres décadas, como procuraré demostrar con una prieta síntesis histórica de nuestra institución.

Para ello efectuaremos una división en dos grandes períodos que, como toda división, tiene algo de arbitrario pero en la cual campeará como elemento diferenciador, el predominio de conductas «introspectivas», caracterizadas principalmente por trabajos realizados en el seno de la corporación, que han prevalecido en una primera etapa, desde la creación de la Academia cordobesa en 1941, hasta la presidencia de Pedro León que finalizó con su renuncia por imposibilidad física a comienzos de 1974; y una segunda etapa en que se busca por distintos caminos profundizar la proyección de la Academia hacia el medio social.

Será menester para ello hacer mención cronológica de hechos, pero intentaremos que no se trate de una mera relación fáctica, sino encontrar en cada caso las razones que fueron expuestas, o que se encontraban implícitas en cada una de esas decisiones, y el peso que ha tenido la forma de aplicar esas medidas, llegando a dotar a nuestra Academia de un perfil propio y una personalidad que la distingue de otras corporaciones.

---

<sup>11</sup> Conf. autor y trabajos citados en nota anterior, pág. 124.

De la primera etapa rescataré solamente un par de hechos, que mucho han contribuido a la fisonomía actual de la Academia, a saber: a) no se limitó simplemente a dar un número a sillones, sino que dotó a cada uno con un «patrono», para honrar de esa forma a figuras ilustres de la ciencia jurídica argentina y, en especial, cuando esos nombres se encontraban vinculados con el quehacer jurídico de Córdoba; b) realizó denodados esfuerzos por difundir los trabajos de la Academia mediante la publicación de Anales.

Y, con relación a la presidencia del Dr. Pedro León nos parece un deber destacar la idea que impuso, hacia fines de 1970, cuando se procedió a la designación de cinco nuevos académicos de número: la necesidad de incorporar «sangre joven» que diese nuevo impulso a la corporación, lo que llevó a que tres de ellos fuesen personas de 45 años de edad, y uno de 42.

La idea no era absolutamente nueva pues con anterioridad ya se habían designado miembros de número a juristas muy jóvenes <sup>12</sup>, pero ratificaba y asentaba que más importante que la edad senecta, es la excelencia en el saber jurídico y con posterioridad nuestra corporación ha designado o incorporado a los 42 años a Guillermo Becerra Ferrer, Daniel Pizarro y Armando S. Andruet. Lo que tiene real importancia, a nuestro criterio, cualquiera sea la edad del nuevo miembro, es que al incorporarse asuma en plenitud sus deberes: trabajar en la Academia y por la Academia, es decir poner empeño y dedicación en atender las obligaciones que impone el haber aceptado incorporarse a la institución.

El segundo período, al que deseamos dedicar nuestro análisis, comienza con la presidencia de Alfredo Poviña en 1974, que es acompañado por Pedro J. Frías como vicepresidente. Poviña, a los 70 años, se encontraba en su plenitud, y con grandes deseos de trabajar por la Academia; Pedro Frías, con apenas 55 años, podía aportar la cuota de «impulso renovador», que es un hálito vital siempre necesario para el progreso de una institución.

---

<sup>12</sup> Podemos mencionar a Benjamín Cornejo y Sebastián Soler a los 42 años; César Enrique Romero, a los 43; Ernesto Gavier, Enrique Martínez Paz (h) y Ricardo Núñez, a los 44; y a nuestro actual presidente honorario, Pedro J. Frías, a los 45.

Así, a poco de hacerse cargo de las funciones la nueva Comisión Directiva, Frías presenta una iniciativa que, al decir de Carlos Luque Colombres «llegaría a tener gran proyección en el futuro: la designación de académicos correspondientes a juristas del interior y del extranjero, con exclusión del Gran Buenos Aires»<sup>13</sup>. Este proyecto perseguía una doble finalidad: a) en el ámbito nacional, promover el reconocimiento de la cultura jurídica en todo el territorio del país, dando a la actividad de la Academia un alcance verdaderamente nacional; la exclusión del Gran Buenos Aires era una nota de cortesía hacia la Academia de Derecho de Buenos Aires. b) En cambio, la designación de miembros correspondientes en el extranjero tenía como propósito proyectar la figura de la Academia y de su quehacer, y establecer lazos de solidaridad con esos países. La primera designación de académicos correspondientes se concretó en 1975, con la nominación de Jorge A. Carranza, en Río Cuarto<sup>14</sup>; Rodolfo O. Fontanarrosa, en Rosario; Pablo Antonio Ramella, en San Juan; y Héctor Fix Zamudio, en México, que es hoy el más antiguo de nuestros miembros correspondientes.

Con Carranza comienza a diseñarse una costumbre, inicialmente sin fuerza obligatoria, de recibir a los académicos correspondientes en una sesión pública en la que disertaban sobre un tema de su especialidad<sup>15</sup>. Pese a no haberse incorporado como exigencia a los Estatutos, ha cobrado tal fuerza, que en la actualidad el acto de recepción de los nuevos académicos correspondientes, tanto argentinos como extranjeros, y la entrega de las insignias académicas, se ha convertido casi en un paso obligatorio para que se considere que goza de ese estado. Esta categoría de miembros, para la cual no existe un «número cerrado», como en el caso de los académicos titulares, tiene derecho de asistir tanto a las reuniones públicas, como a las privadas, en las que solamente carece del dere-

---

<sup>13</sup> Carlos A. LUQUE COLOMBRES, *Reseña histórica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1941-1991)*, 2ª ed., Córdoba, 1998, pág. 83.

<sup>14</sup> Con posterioridad, Jorge A. Carranza fue designado miembro de número y se incorporó el 31 de mayo de 1993, ocupando el Sillón «Enrique Martínez Paz», hasta su fallecimiento el 2 de agosto de 1997.

<sup>15</sup> Carranza habló sobre «Una moderna causa de daño resarcible», en sesión del 26 de abril de 1976.



cho de voto que corresponde a los miembros de número. Su posibilidad de efectuar comunicaciones no se reduce al acto de su recepción, sino que pueden retornar cuando lo deseen e incluirse sus exposiciones en el programa de trabajo de la Academia, como lo demuestra la presencia de Jorge A. Carranza en otras dos oportunidades <sup>16</sup>, antes de que la corporación decidiera designarlo miembro de número.

Debemos también recordar que hasta ese momento los propios académicos de número se incorporaban en la primera sesión que se efectuaba después de su designación y participaban plenamente en la vida de la institución, aunque no hubiesen cumplido con la exigencia estatutaria de pronunciar una conferencia, como formalidad para su incorporación. Con el correr de los años ha terminado prevaleciendo la interpretación de que las normas vigentes trazan, como en muchas otras Academias, una diferencia entre la persona que se encuentra en la mera situación de electa, y la condición de académico, que recién se logra por medio de la investidura en el acto de incorporación.

Pero regresemos a estas notas sobre la historia de nuestra corporación; también en 1974 se inicia otro camino: rendir homenaje a personalidades destacadas mediante la publicación de un Libro de Estudios, de los cuales el primero estuvo dedicado a Pedro León que cuando se comenzó la tarea estaba todavía vivo, pero ignoraba la decisión adoptada por la Academia y, lamentablemente, falleció antes de saberlo y de que pudiese ver la luz la obra, lo que sucedió recién en 1976. Posteriormente, antes de concluir Pedro J. Frías su tercera presidencia, se elaboró también un Libro de estudios en su Homenaje, y en fecha más reciente se utilizó el mismo medio para rendir Homenaje a don Dalmacio Vélez, con motivo del segundo centenario de su nacimiento, a Juan Bautista Alberdi, al cumplirse el sesquicentenario de la aparición de las *Bases*, y a la Constitución de 1853.

En la práctica, los *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Pedro León* constituyen la simiente que germinó posteriormente y se

---

<sup>16</sup> El 30 de octubre de 1981 disertó sobre el «Panorama actual de las nulidades y otras ineficacias de los actos jurídicos», en homenaje a Néstor A. Pizarro, y el 29 de agosto de 1983 se ocupó de una «Valoración de la reforma del Código Civil a los 15 años de su vigencia».

concretó en 1981, por iniciativa de Poviña, en la creación de las «Ediciones Académicas», cuyo propósito original fue facilitar la impresión de obras de sus miembros, o los homenajes ya mencionados. Esta actividad editorial se iba a convertir, con el correr del tiempo, en una de las peculiaridades más salientes de nuestra corporación y adquiriría un desarrollo que ha brindado a nuestra Academia merecidos reconocimientos en numerosos ámbitos de América y Europa.

Ya en junio de 1975, por otra feliz iniciativa del vicepresidente, Dr. Pedro J. Frías, se propició la creación del premio «Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba», con la finalidad de galardonar una obra destacada por su nivel jurídico y continuidad, es decir un reconocimiento que convierte a esa distinción en un premio «consagración». Aprobada la reglamentación, en 1976, primera oportunidad que se adjudicó el premio, recayó sobre el jurista mendocino Joaquín M. López. Es de hacer notar que muchos de los nombres que con el correr del tiempo han obtenido ese premio, han nutrido luego la nómina de académicos correspondientes<sup>17</sup>, o se han incorporado como miembros de número<sup>18</sup>. Con posterioridad, y ya durante la presidencia de Pedro J. Frías, la Academia resolvió que este premio podía discernirse no solamente a personas físicas, sino también a instituciones u organismos que se hubiesen destacado por sus aportes a las ciencias o al quehacer jurídico<sup>19</sup>.

La Academia continuaba creciendo y afianzando su personalidad; la designación de académicos correspondientes<sup>20</sup> y la creación del Premio Academia acentuaban su relación y compromiso con la totalidad de la sociedad jurídica; pero también debía enfrentar otros problemas, como el

---

<sup>17</sup> Verbigracia, Joaquín M. López, Elías Guastavino, Fernando Pedro Brebbia, Néstor Pedro Sagüés, Luis O. Andorno, Ricardo Luis Lorenzetti y Jorge Walter Peryano.

<sup>18</sup> Verbigracia Daniel Pablo Carrera, Efraín Hugo Richard y Justo Laje Anaya.

<sup>19</sup> Destacamos que en esta categoría el «Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza», fue el primero en recibir el Premio Academia, en 1987.

<sup>20</sup> LUQUE COLOMBRES dice que había comenzado «una nueva etapa, al trascender los límites de la ciudad capital de esta provincia, y encontrarse representada fuera de ella por juristas que gozaban de gran prestigio» (ver *Reseña histórica...*, cit., pág. 56); y más adelante agrega que «continuó expandiendo su presencia no sólo en el país, sino también en el extranjero, de acuerdo a la idea puesta en marcha en 1975» (*Reseña histórica...*, cit., pág. 100).

relativo al local, ya que a comienzos de 1978 la Caja de Jubilaciones de la provincia había solicitado el desalojo del local que la Academia ocupaba, lo que obligó al presidente Poviña a iniciar las gestiones que permitiesen a nuestra institución contar con sede propia, tarea en la que se puso gran empeño y culminó con éxito a comienzos de 1979, fecha en la cual se adquirió el inmueble de calle Artigas 74, en el cual funciona hasta el día de hoy. Al respecto es menester destacar que con posterioridad, durante las presidencias de Pedro J. Frías y Olsen Ghirardi, se han realizado trabajos tendientes a refuncionalizar el local; en el primer caso con la finalidad principal de dotarlo de un salón de conferencias adecuado; en el segundo, con el propósito primordial de permitir la expansión de su biblioteca.

Una de las últimas iniciativas de singular importancia que se concretaron durante la presidencia de Alfredo Poviña, fue aceptar la propuesta formulada por la Academia de Buenos Aires de realizar una reunión conjunta de ambas instituciones para tratar un tema que presentaba gran actualidad, el «Reajuste de las actualizaciones contractuales. Indexación y desindexación», encuentro que se verificó en Córdoba los días 25 y 26 de diciembre de 1982.

Estas reuniones, que a partir de esa oportunidad se institucionalizaron, se efectúan periódicamente con gran regularidad<sup>21</sup> con sede alternativa en Buenos Aires y Córdoba, han contribuido no sólo con el análisis profundo de temas de singular importancia, sino también como la forma más efectiva de estrechar vínculos de amistad y colaboración entre las dos instituciones que en nuestro país, cada una con sus características propias, persiguen el objetivo común de profundizar en el conocimiento del derecho, efectuar su aporte para el progreso de la legislación, y difundir la cultura jurídica.

En 1983, el vicepresidente, Pedro J. Frías, propuso la realización de un concurso de monografías jurídicas en homenaje a Juan Bautista Alberdi, para conmemorar el centenario de su muerte, que llevaría el nombre de «Alberdi, ayer y hoy», en el que se distinguieron la categoría de «monografías» y de «ensayos»<sup>22</sup> y, finalizado el Concurso en Homenaje

---

<sup>21</sup> Al principio fueron anuales; con posterioridad se transformaron en bienales; las cuatro primeras se realizaron cuando todavía Poviña era presidente de la Academia cordobesa.

<sup>22</sup> En la categoría «Monografías», el primer premio correspondió al Dr. Abraham Valdez, y el segundo a la Dra. Graciela Rosa Salas Tissera; y en la categoría «Ensayo», se otorgó el premio al Dr. Horacio J. Sanguinetti.

a Alberdi, propicia otro en recuerdo de Nicolás Avellaneda, con motivo del centenario de su fallecimiento.

Esta proyección de la Academia hacia la comunidad, procurando estimular el trabajo científico y la investigación, se va a convertir durante la presidencia de Frías en una de las características salientes de nuestra corporación, como lo veremos luego.

También el «Premio Joven Jurista» es un proyecto de Pedro J. Frías, presentado en las postrimerías de la presidencia de Poviña (1985), en razón de haber sido declarado «Año Internacional de la Juventud»; se trata -como ya hemos dicho- de un Premio Estímulo, dedicado a personas que todavía no hayan cumplido 35 años, y que se otorga en años impares.

En los primeros días de enero de 1986 fallece Alfredo Poviña, que había regido la Academia con acierto y dedicación muy especiales, durante casi cuatro períodos íntegros -debo aquí recordar, y permítanme la digresión, que el próximo mes de marzo se cumple el centenario del nacimiento de Poviña-; en estas circunstancias se hace cargo interinamente de la presidencia Pedro J. Frías, que luego será electo en tres oportunidades.

El tiempo, señores, me obliga aquí a abreviar estas notas históricas, pero la idea central que pretende brindar una imagen del espíritu que hoy anima a nuestra Academia, quedaría trunca si no hacemos una breve referencia a aspectos centrales de la presidencia de Pedro J. Frías.

Con preocupación casi obsesiva, fruto de un espíritu abierto y generoso, bajo su impulso se multiplican los premios y distinciones; algunos de carácter muy especial, como el Premio «Maestro del Derecho», que sólo ha sido otorgado en dos oportunidades<sup>23</sup>. Otros tienen carácter permanente, como el «Premio Provincias Unidas», que se otorga a partir de 1987, con el propósito de fortalecer el sentido del federalismo, y distinguir a personas o instituciones que han contribuido al desarrollo de regiones de lo que Frías denomina «el país interior», que no hace simple referencia a situación geográfica, sino a sentires íntimos, interiores, por los que se adhiere con convicción a una cierta noción de país.

---

<sup>23</sup> La primera de ellas a Agustín Díaz Bialet, destacado romanista cordobés; la segunda a Fernando J. López de Zavalía, distinguido civilista tucumano.

En otros casos se trata de concursos especiales de monografías jurídicas, sobre diversos temas, que luego serán publicadas por la Academia o su Instituto del Federalismo.

Esto me obliga a una brevísima referencia al hecho de que bajo su presidencia, en octubre de 1986, van a nacer los Institutos de la Academia, que a diferencia de las antiguas «secciones» de estudio, permiten que a ellos se incorporen para colaborar en los trabajos de investigación y en las reuniones, personas que «no son académicos», pero que tienen reales inquietudes y deseos de colaborar. Se trata de un acontecimiento trascendental, que va a proyectar su influencia también en la política «editorial», pues a los Anales se irán sumando los Cuadernos de los Institutos (Federalismo, Historia, Filosofía del Derecho...), que mucho tiempo después será desarrollada con la creación de un Instituto en la Provincia de Santa Fe, cuya labor ha sido fructífera y permite soñar en un futuro en el que la Academia cuente con institutos en otras regiones del país, como la zona Cuyo, o el Noroeste argentino.

Entiende también Frías, que deben continuar reforzándose los vínculos con el resto de la comunidad jurídica argentina, e internacional, por medio de la designación de más académicos correspondientes, y durante los 9 años de su presidencia se multiplican esos contactos que tanto han enriquecido a nuestra Academia.

Las dos presidencias a que me he referido ocupan 21 años de la vida de nuestra Academia y han contribuido a dejar una marca indeleble y conferirle personalidad propia, pero ya he excedido el tiempo que hoy puedo dedicar a este tema, por lo que dejo sin desarrollar otras notas, aunque las crea necesarias para la mejor comprensión de su fisonomía, porque si lo hiciera abusaría gravemente de todos ustedes, que me han escuchado con tanta paciencia.

Nada más.

\*

*Palabras de la Dra. Susana Frascaroli*

Detrás de todo premio, siempre existe la *generosidad* de ciertas personas. Estuve buscando en el diccionario, el significado de la palabra...

*Generoso*: desinteresado, desprendido, inclinado o dispuesto a sacrificarse en bien de los demás.

Por eso,

a) En un nivel inmediato, en lo académico, quiero agradecer a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y especialmente a los señores académicos que integraron el Jurado que dictaminó sobre el Premio Publicación «Dalmacio Vélez Sarsfield» - Tesis Sobresalientes inéditas», año 2003.

Este premio lo voy a atesorar con el mismo orgullo y agradecimiento que guardo por el Premio «Egresados Sobresalientes», que también esta prestigiosa Academia, me otorgara hace unos años. Hoy como ayer, a la jerarquía científica de los Sres. Académicos, le sumo su *generosidad* por estas distinciones, que nos sirven de estímulo para no detenernos en este recorrido que hemos emprendido por la senda que conduce a la evolución del derecho.

b) En un nivel mediato, también en lo académico, quiero agradecer la *generosidad* de los Sres. profesores que integraron mi Tribunal de Tesis: los Dres. Víctor Reinaldi, Mariano Arbonés y José A. Buteler. Ellos fueron generosos con su tiempo, pues leer todo un trabajo de tesis y fundamentar su voto no se hace en pocos días: lleva varios meses de arduo trabajo que necesariamente debieron restar a sus obligaciones. Su *generosidad* se patentizó, especialmente, al momento de calificar mi trabajo, lo que posibilitó que pudiera concursar para obtener este premio.

c) Por último, siento la necesidad de destacar la *generosidad* de aquellos a quienes consideramos *Maestros*, con mayúscula.

Maestro es aquel que se destaca por sus condiciones académicas;  
que generosamente brinda sus conocimientos teóricos y prácticos;  
que no presume de su talento;

que no compite con sus discípulos;

que estimula ante nuestras indecisiones;

que no hace reproches ante nuestros yerros;

que se complace con nuestros logros;

y que siempre tiene su mano tendida para ayudarnos a crecer intelectualmente;

Al recibir hoy este premio, mi más sincero y grato reconocimiento a mi *Maestro* y director de tesis, el Dr. *José Ignacio Cafferata Nores*.

\*

*Palabras del Dr. Benjamín Moissá*

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores presidentes honorarios, señores académicos, señoras y señores:

En esta emotiva ceremonia, teniendo como insignes testigos al cordobés don Dalmacio Vélez Sársfield y al tucumano don Juan Bautista Alberdi, en sendos retratos que adornan esta sala, mis palabras no pueden ser otras que de agradecimiento hacia la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por haberme considerado merecedor del Premio «Dalmacio Vélez Sársfield. Tesis Sobresalientes 2003», reconocimiento que me significa un eficaz estímulo para seguir cultivando esta pasión que es el derecho.

También, en tan singular ocasión, mis palabras quieren ser de dedicatoria de este importante premio: a mis padres, Flora y Benjamín, quienes generosamente me dieron todo; a mi esposa María y a mis hijos María, Celina, Justina y Benjamín, quienes con amor y paciencia me acompañan en mi ferviente vocación y peregrinar por la Ciencia del Derecho; y, muy especialmente, al Dr. Luis Moisset de Espanés, mi querido director y padre intelectual.

A todos ellos muchas gracias.

\*

*Palabras de la Dra. María Susana Najurieta*

Para toda persona que ama el derecho y se esfuerza con su trabajo cotidiano a fin de alcanzar la justicia en el caso concreto, es muy emocionante recibir un premio titulado «Doctor Dalmacio Vélez Sársfield». Mucho mayor es la emoción si el premio es conferido por una institución académica tan dinámica y prestigiosa como la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Agradezco al señor presidente honorario, al señor presidente y a todos los señores académicos, el haberme distinguido con este importante premio, que me complace compartir con mis colegas, Dra. Frascaroli y Dr. Moissá.

Es para mí un signo de una gran esperanza el hecho de que en este tiempo, tan dominado por los intereses del mercado, se haya seleccionado entre los premiados a mi trabajo de investigación, que procura aportar herramientas útiles para la protección de los niños abandonados.

Guardo mi mayor agradecimiento para el director de mi tesis, el doctor Augusto César Belluscio, quien me orientó en el apasionante trabajo de investigación, y hoy no ha podido estar presente en este acto. Asimismo, agradezco a los señores miembros del Jurado de Tesis, entre ellos, al Dr. Eduardo Fanzolato, quienes contribuyeron -por su interés y dedicación hacia mi trabajo- a hacer del acto académico de defensa pública de mi tesis una experiencia inolvidable.

Finalmente agradezco el apoyo recibido de mis amigos, mis entrañables amigos, muchos de ellos profesores de derecho internacional privado, que confían en mis proyectos y piensan, como yo, que el derecho es una herramienta para la construcción de un mundo mejor. Muchas gracias.

\*

*Palabras del Ab. Carlos A. Molina Sandoval*

Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sres. miembros del jurado dictaminador, Sres. académicos, Sres. profesores y docentes universitarios, Sres. miembros del Poder Judicial, familiares, amigos, señoras y señores:

En el día de la fecha tengo el grato honor de recibir la distinción denominada «Premio Joven Jurista 2003», que condecora el esfuerzo y dedicación al estudio de las ciencias jurídicas.

Las primeras palabras no son sino de intenso agradecimiento a las personas que confiaron y confían en mi constancia y voluntad para seguir por el *tramo difícil* de mi carrera profesional. Agradecimiento, que por su sola razón, importa sin intención expresa una cierta y no querida ingratitud para el resto de las personas que aprecio.



Por ello, quiero agradecer especialmente a mi esposa, María Victoria Troiano, quien, con dulzura, paciencia y amor, ha sabido apoyar, impulsar y encauzar mi vocación por la investigación jurídica. Han sido muchos los momentos en que cuando dudando del verdadero sentido de objetivos y metas trazados, recibí su cálido, preciso y desinteresado consejo, que no sólo significó un aliento para proseguir con mis lentas y silenciosas tareas, sino que importaron el verdadero motor de mis ideas e inquietudes, que permitieron «animarme a más». También quiero agradecerle su valentía materna que la llevaron y la llevan a varios meses de reposo casi absoluto; y con ello incluyo a mi hija María Lourdes, a quien si bien todavía no conozco (pues todavía juega en el vientre materno), ya quiero con todas mis fuerzas.

Digo gracias a mi familia (mis padres, hermanos, abuelas, tíos) de quienes, sin querer queriendo, fui tomando mis primeras herramientas; pero sobre todo la voluntad de trabajo, la honestidad y la lealtad hacia los que me rodean.

También quiero agradecer públicamente al profesor Dr. Francisco Junyent Bas, profesor titular -desde hace varios años- de la Cátedra de Derecho Comercial III y director del Departamento Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, quien con sus logros profesionales y académicos reconocidos en todo el país, me enseñó a escribir libros de derecho y a trabajar intensamente por lo que siento, sin perder de vista una virtud que sólo es digna del ser humano: la humildad y la generosidad.

Finalmente, quiero mencionar especialmente a los Dres. Efraín Hugo Richard y Horacio Roitman, quienes fueron acompañando y auspiciando mi vocación por el estudio de temas jurídicos y mercantiles.

Además, quiero señalar que el premio cuya gracia tengo hoy de recibir, tiene varias características que lo hacen especial. Se trata de un *premio*, pero también de un *estímulo*, un reconocimiento a un esfuerzo, aún incipiente. No es una distinción a una larga trayectoria (como suelen ser los libros homenajes o jornadas distintivas) sino que importa un *compromiso señero* con su significado más patente, pero más profundo: el estudio del derecho.

Ello lleva a preguntarse por la misión del jurista, del hombre de derecho, lo que lleva, como señalara Francisco Junyent Bas en un profundo estudio, importa interrogarse por la razón de ser del derecho. De un dere-

cho inmerso en avances tecnológicos (revolución tecnológica según Toffler) y globalizado, en el cual la economía de mercado y los valores económicos de utilidad y eficiencia han modificado el universo personal y social e imponen, como señala Ciuro Caldani, un nuevo estilo de vida.

La misión del jurista (de ideales jóvenes y siempre adaptables a los constantes cambios) debe procurar una interpretación justa del derecho, pero prohijada con valores que aun en una selva económicamente globalizada no pueden ser dejados de lado: la justicia y la equidad en las soluciones de los conflictos que no son sólo jurídicos, sino que son humanos.

Por ello, y aun cuando ciertos valores se han reformulado e instalado en nuestra sociedad posmoderna, el derecho (y su estudio) debe bregar por reglar la conducta humana conforme lo recto, racional, justo, evitando la relativización de los límites naturales y éticos que impacta todas las áreas del conocimiento humano.

Por ello, el premio del jurista joven requiere, en su sentido más esencial, mantener prendida una llama de inquietudes y valores en las nuevas generaciones de abogados. Es una *posta* entre las generaciones que fueron (pero que aún son) y las que queremos serlo; es el mismo fuego (que no mide edades, sino sólo intensidades) que nos mantiene vivos como intérpretes, como decía Mullerat, de la realidad social; interpretación que sólo sea puede ser hecha de manera profunda por quien estudia y avanza en el conocimiento entremezclado de lo social, lo axiológico y, por supuesto, lo jurídico.

Una breve frase, impregnada en el *Esbozo* de Freitas, corona mi exposición: «*El abogado no debe olvidar que las leyes son hechas para el hombre y no el hombre para las leyes*».

\*

#### *Palabras del Ab. Gustavo Arocena*

Señor presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores académicos, señoras, señores:

En una escena imposible, que una pluma atildada imaginaba para ofrecer su obra al Maestro amado, decía Jorge Luis Borges: «*Si no me engaño, usted no me malquería, Lugones, y le hubiera gustado que le gustara algún trabajo mío. Ello no ocurrió nunca, pero esta vez*

*usted vuelve las páginas y lee con aprobación algún verso, acaso porque en él ha reconocido su propia voz, acaso porque la práctica deficiente le importa menos que la sana teoría».*

Así siento aquí parado frente a ustedes.

Sea con la indulgencia imprudente, sea con la enseñanza generosa, sea con el consejo preciso, sea, finalmente, con el aprecio constante, mucha gente, muchos de ustedes han incentivado la temeraria voluntad que me condujo a insistir en los estudios del derecho penal.

Por ello, sólo puedo agradecerles y desear -además de contribuir a una ciencia penal más cercana al ser humano al cual pretende servir- que algún producto de mi esfuerzo intelectual pudiera gustarles y valer, de ese modo, como prenda de mi sincero agradecimiento.

Gracias a María Pía, esposa querida.

Gracias a mis viejos, Pedro y Otilia.

Gracias a mi director de tesis Manuel N. Ayán, a Daniel P. Carrera, a Víctor F. Reinaldi, a Carlos J. Lascano (h), a José I. Cafferata Nores.

Gracias a Fabián I. Balcarce, amigo entrañable y compañero leal; a Horacio A. Carranza Tagle, a José Daniel Cesano, a Alejandro G. Weiss, a Gabriel E. Pérez Barberá.

Gracias a mis amigos de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Margarita Casas, Mónica A. Traballini, Gustavo A. Rodríguez Fernández, Carlos María Romero, Roberto I. Cornejo, Karina Maldonado, Claudia Oshiro y Lucila Halac.

Gracias a mis jefes en el Poder Judicial de la Provincia, pacientes y estimuladores, Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y Luis E. Rubio.

Gracias, por último, a esta prestigiosa Academia de Derecho que, a través de esta mención, incentiva grandemente una formación apenas en sus albores.

Nada más.



**ACTO DE PRESENTACIÓN DEL  
“LIBRO HOMENAJE A LA CONSTITUCIÓN DE 1853”**



PALABRAS IMPROVISADAS POR EL PRESIDENTE,  
DR. OLSEN A. GHIRARDI, EN OPORTUNIDAD DE LA  
REUNIÓN EFECTUADA CON MOTIVO DE CUMPLIRSE  
EL 62° ANIVERSARIO DE LA CORPORACIÓN Y DE  
PRESENTARSE EL LIBRO HOMENAJE AL  
SESQUICENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN  
DE LA NACIÓN DE 1853.

Señoras y señores académicos, señoras y señores:

Bueno es recordar los aniversarios; el recuerdo de los aniversarios significa repensar lo actuado, repensar un fasto, repensarlo en función del futuro y recordando el pasado, maravillosa conjunción de los tiempos.

Esta Academia cumple 62 años, nació en 1941, fue su primer presidente el Dr. Sofanor Novillo Corvalán y se fundó un 22 de agosto; se hizo coincidir expresamente el acto de la fundación de la Academia con el aniversario de la Cátedra de Instituta, germen generador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; el segundo presidente fue el Dr. Julio Etchegaray, el tercero Enrique Martínez Paz; el cuarto Félix Sarría; el quinto Pedro León; sexto Alfredo Poviña, luego le sigue nuestro presidente honorario, Pedro José Frías y, finalmente, Luis Moisset de Espanés. La historia de la Academia fue algo accidentada como la de todas las academias del país, porque en la década del '50 hubo una interrupción; luego renacieron todas merced a una norma nacional.

Las academias, en general, tienen como objetivo la excelencia en una rama determinada del saber. La Academia de Derecho, como es obvio, hizo honor a las Ciencias Jurídicas y a las Ciencias Sociales. Ha crecido en consonancia con la realidad científica que impone la

hora. Hoy tenemos más de ochenta miembros correspondientes en el extranjero: casi treinta en España, siete en Italia, Francia, Alemania, en toda América, e incluso en Estados Unidos, de manera tal que tiene sus raíces extendidas por doquier. A través, precisamente, de la designación de miembros en el extranjero se enriquece cada vez más y de aquí hasta fin de año, tendremos la incorporación de 6 o 7 miembros correspondientes extranjeros más. Igualmente, tiene designados miembros correspondientes en diversas provincias de nuestro país y en el interior de nuestra provincia.

Los miembros correspondientes son como los ojos y oídos de la Academia en el medio en que actúan y con esas comunicaciones enriquecen el acervo cultural y científico de nuestra institución.

Creemos, por otra parte, que en ciertas y determinadas circunstancias de gravedad, en la vida institucional de nuestros pueblos, la Academia debe hacer oír su voz y, en tal sentido, se torna un deber formular declaraciones públicas, cuyo remedio debe ser utilizado con toda prudencia. Así ocurrió en el 2002.

Paréceme pertinente recordar en este aniversario la declaración formulada en la síntesis de su manifiesto:

«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 tanto, públicamente, que se destierren para siempre de la República, toda forma de corrupción; todos los privilegios, 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».

Pero hoy no conmemoramos solamente el aniversario de la fundación de la Academia. Este año 2003 es también el año del Sesquicentenario de la Constitución Nacional de 1853. Era nuestro deber moral recordar esa fecha, como se hizo en el 2002 con el



sesquicentenario de las *Bases* de Juan Bautista Alberdi. Y hoy como ayer convocamos a todos los que quisieran colaborar: a los académicos en general, a profesores universitarios, a publicistas de nota, para que concurriesen a la tarea de escribir. El resultado fue este libro (dos volúmenes) de casi mil páginas que hoy presentamos.

Sintéticamente se reproducen las conferencias y actos organizados a comienzos de mayo, en el Salón de Grados de la Universidad Nacional, cuando nuestro presidente honorario, Dr. Pedro J. Frías, pronunció una conferencia con la prestancia que siempre lo caracterizó. Hubo palabras iniciales del presidente de la Academia de Derecho y del Sr. decano de la Facultad de Derecho. Luego siguen trabajos históricos y, en la primera parte, trabajos referidos a los antecedentes históricos en el proceso institucional, en el período histórico hispánico; hay luego un capítulo dedicado a la fuente filosófica de teleología y de estudio del preámbulo. Quiero destacar los trabajos sobre fray Mamerto Esquiú, autor del célebre discurso en defensa de la Constitución. En tercer lugar existen trabajos acerca de la supremacía de la Constitución Nacional; evidentemente, éste es un punto, un toque fundamental en una temática de esta naturaleza porque la Constitución es la Ley Suprema de la Nación. No hay emergencia, por más profunda que sea que pueda alterar el orden constitucional. En el segundo tomo se trata de la persona humana, de la libertad, de la igualdad, de los derechos y garantías. Otro tema es el estado de república, del derecho comparado, la sección federalista, provincias, el régimen de los tratados internacionales, también temas muy modernos como el del medio ambiente y se concluye con la publicación del texto de la Constitución Nacional de 1853. Curiosamente, no es muy sencillo, a veces, mostrar el texto genuino de la Constitución de 1853; todavía pareciera que existen algunos resabios localistas que no siempre facilitan esta publicación.

Para finalizar, quiero leer un texto de Alberdi que me ha impresionado, escrito en 1853, ya como comentario a la Constitución luego de los celebres escritos muy conocidos de Sarmiento. Me ha impresionado -digo- porque al leer un libro recibido recientemente, cuyo autor es originario de un Estado del norte de América del Sur cuando dice que ese país desde 1811 hasta hoy dictó 26 constituciones: 26 constituciones en ese lapso es como no tener Constitución, El texto de Alberdi señala: «... *conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución, ¿tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva, la nove-*

*dad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección, porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel..., la interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar el defecto de las leyes, es el secreto con el que la Inglaterra ha salvado su libertad, y la libertad, la ley es un dios puro, habla siempre por la boca del magistrado».*

Nada más

**INFORME DEL PRESIDENTE DR. OLSEN A.  
GHIRARDI EN LA UNIVERSIDAD DE PISA**



INFORME DEL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA,  
DR. OLSEN A. GHIRARDI, CON MOTIVO DE SU VIAJE  
A PISA (ITALIA) PARA PRESENTAR EL LIBRO *HOMENAJE  
A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853*,  
EDITADO POR ESTA ACADEMIA

Al ser editado el libro, el Dr. Antonio Martino, nuestro miembro correspondiente en Italia (Pisa) y profesor del Dipartimento di Scienze della Política, de la Università di Pisa, se comunicó con el suscripto con el objeto de que viajase a dicha universidad para presentar el referido libro.

Con gran generosidad, la Universidad de Pisa ofreció pagar todos los gastos de estadía por el lapso de tres días, así como la suma de cuatrocientos ochenta euros como honorarios y gastos de bolsillo. No se pagarían los costos del pasaje. Propuso también, como es natural, que pronunciara una conferencia sobre un tema apropiado para profesores y estudiantes del Departamento de Ciencias Políticas, seguida de un breve seminario, en el que se debatirían los puntos de mayor interés.

La referida presentación, conferencia y seminario se realizarían el 9 de octubre de este año 2003, en el aula del Polo Didáctico, Piazza dei Cavalieri, Vía Serafini, 3, de la ciudad de Pisa.

Aceptada la propuesta por el suscripto, hubo un cambio de ideas para determinar el tema de la conferencia. Finalmente, después de ello, en el que participó el Dr. Antonio Martino y se consultó al Prof. Dr. Paolo Coppini, director del Departamento de Ciencias Políticas, por la Universidad de Pisa, con conocimiento del decano de la Facultad de Ciencias Políticas, Prof. Dr. Alberto Massera, se aprobó mi propuesta para tratar el tema *L'influenza degli italiani in la generazione argentina del 1837*. Debo aclarar que el Dr. Paolo Coppini es un especialista y estudioso de Giuseppe Mazzini y Gian Batista Cuneo.

Realizado el viaje fui alojado en el Royal Victoria Hotel, antiguo palacio de los Médici, cuya habitación 202, que se me habilitó, conserva intactos su mobiliario y sus características medievales.

Mi estadía duró desde el 7 al 10 de octubre de 2003. El Dr. Antonio Martino, en primer lugar, me acompañó para saludar a las autoridades universitarias y me hizo conocer las instalaciones de la universidad. La conferencia fue leída en idioma italiano, en el recinto colmado de profesores y estudiantes, con capacidad para 150 personas.

Agrego a este informe el texto de la conferencia, que solicito sea publicado en los *Anales* de nuestra Academia.

Luego de la conferencia, el Dr. Antonio Martino, que me había presentado, hizo las primeras consideraciones, a las que siguieron otras semejantes y, por último, el Dr. Paolo Coppini, hizo una extensa glosa de toda la exposición. De ella, cabe destacar:

a) Hizo un gran elogio al pensamiento de Alberdi, mencionado en la conferencia, y glosó largamente sus palabras, cuando éste sostenía que: *«Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva... La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar el defecto de las leyes. Es el secreto con que la Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo. La ley es un dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Ésta la hace ser sabia o inicua. De palabras se compone la ley y de las palabras se ha dicho que no hay ninguna mala sino mal tomada. Omni soit qui mal y pense, escribid al frente de nuestras constituciones si les deseáis longevidad inglesa. Sin fe no hay ley ni religión; y no hay fe donde hay perpetuo raciocinio. Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes que, de otro modo, jamás echarán raíz (De los Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853).*

b) Con respecto al título de la revista *La Moda*, que los jóvenes del '37 tomaron de un periódico fundado en 1829 en Francia por Emile Girardin, el Dr. Paolo Coppini expresó que ello le sugería reflexiones muy profundas. Así, por ejemplo, los jóvenes del '37, expusieron en la revista -según mi exposición- un pensamiento revolucionario y progresista, mientras que el periódico de Girardin era ultraconservador y destinado a sostener la Restauración. Hizo un extenso paralelo de estas facetas opuestas y se

mostró admirado por la singular actualidad del pensamiento social y político de nuestros jóvenes.

c) Tampoco ocultó su admiración por lo avanzado del estudio de la sociedad por parte de los jóvenes argentinos, que sostenían que el hombre tiene una *misión social* que cumplir.

d) Otro punto digno de todo elogio -sostuvo- fue la condición social de la mujer, cuya exaltación -aclaró- merecía la mayor aprobación, pues representaba una avanzada para las costumbres de la época.

A modo de simple de información -y para cerrar este breve informe- transcribo textualmente las palabras centrales de un E-mail del 21 de octubre, enviado por el Dr. Antonio Martino, que dice: «Las autoridades y estudiantes han quedado encantados con tu prolucción y (como preveía) sólo su timidez les impidió hacer preguntas que luego hicieron al Prof. Coppini y a mí (el menos preparado). Con el decano he hablado luego y también quedó muy bien impresionado».

Debo aclarar que -cosa que no presencié el Dr. Martino- alumnos de ambos sexos me rodearon en la Piazza dei Cavallieri y me hicieron preguntas acerca de Mazzini y la influencia de su pensamiento en las orillas del Plata.

Es cuanto creo deber informar. Agrego el texto de la conferencia y el libro *Facoltà di Scienze Politiche. Guida 2002/2003*, que me obsequió para nuestra Academia, el señor decano, Prof. Alberto Massera.

*Dr. Olsen A. Ghirardi,  
Córdoba, 27 de octubre de 2003*





**NUESTRO SITIO WEB**



NUESTRO SITIO WEB: <http://comunidad.vlex.com/acader>

Se solicitó alojamiento de nuestro sitio web en los servidores de la Universidad Nacional de Córdoba porque el crecimiento del sitio agotó el espacio del servidor que nos sostenía gratuitamente. La nueva dirección de la página electrónica es <http://www.acader.unc.edu.ar>

Durante el corriente año el sitio web de la Academia ha recibido **6.126 visitas.**

El 67,7 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, África y Asia.

El sitio web ha sido consultado desde México, Estados Unidos, España, Perú, Venezuela, Chile, Brasil, Bolivia, Colombia, Italia, Portugal, Francia, El Salvador, República Dominicana, Costa Rica, Nicaragua, Canadá, Uruguay, Inglaterra, Sudáfrica, Paraguay, Ecuador, Alemania, Marruecos, Pakistán, Surinam, Bélgica, Alemania, etc.

Han consultado el sitio web de la institución, el Ministerio de Economía de la República Argentina, el Senado de México, Universidad de Zaragoza (España), Universidad de Sevilla (España), Universidad de Vigo (España), Universidad de Coimbra (Portugal), etcétera.

Se mantuvieron los vínculos establecidos en el sitio web de: 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.

Actualizaron la inclusión de nuestra página web los buscadores yahoo y google.

Durante el año que se trata han establecido vínculos hacia nuestra página electrónica los sitios de los poderes judiciales de las provincias de Córdoba, Chubut, Salta, San Luis, Buenos Aires, etcétera. También crearon vínculos los buscadores jurídicos Legalmanía, Todo el Derecho, Sitios Argentinos, Legislaw, Estilo mágico. Hemos sido incluidos en el listado electrónico de Secyt.

Llegó a casi doscientos el número de ensayos publicados en doctrina. Los trabajos son de autoría de los académicos de número, correspondientes argentinos y extranjeros.

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 incluyeron las ediciones del año 2003.

La Academia ha realizado una lista de personas interesadas en recibir noticias académicas, se incluyeron casi mil direcciones de correo electrónico, pertenecientes a profesores e investigadores de derecho, abogados y juristas. Se enviaron e-mails con información de las actividades de la Academia y de otras instituciones nacionales y extranjeras que organizaron cursos, seminarios, concursos y becas.

**FALLECIMIENTO DE LA SRA. ACADÉMICA DE  
NÚMERO DRA. BERTA KALLER ORCHANSKY**



## RESOLUCIÓN N° 20/2003

Córdoba, 11 de diciembre de 2003.

VISTO:

El fallecimiento de la Dra. Berta Kaller Orchansky.

Y CONSIDERANDO:

El carácter de miembro de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, del que era titular la extinta desde el 12 de octubre de 1976.

La trayectoria cumplida por la extinta en los diversos campos de su quehacer, entre los que cabe destacarse la labor docente en la Universidad Nacional de Córdoba.

La generosa actividad desplegada en el ámbito de la Justicia.

La rectitud de principios que fueron guía permanente de su vida pública y privada.

Por lo dicho y en atención al profundo pesar que la infortunada circunstancia provoca en este Cuerpo.

El presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en uso de sus atribuciones;

RESUELVE:

**Art. 1°.-** Disponer el duelo de la Institución por el fallecimiento de su miembro de número Dra. Berta Kaller Orchansky.

**Art. 2°.-** Hacer presente el pésame a los familiares, acompañando copia de la presente Resolución.

**Art. 3°.-** Hacer un minuto de silencio en homenaje a la memoria de la extinta, en oportunidad de la próxima sesión ordinaria.

**Art. 4°.-** Designar a un representante de esta Academia para hacer uso de la palabra en el acto de sepelio.

**Art. 5°.-** Notifíquese y archívese.

\*

### RESOLUCIÓN N° 21/2003

Córdoba, 11 de diciembre de 2003

VISTO:

El fallecimiento de la Dra. Berta Kaller Orchansky.

Y CONSIDERANDO:

El carácter de miembro de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, del que era titular la extinta desde el 12 de octubre de 1976.

Que en el artículo 4° de resolución 20/2003 se dispone que esta Academia debe designar un representante para hacer uso de la palabra en el acto del sepelio.

El presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en uso de sus atribuciones;

RESUELVE:

**Art. 1°.-** Designar al Dr. Horacio Roitman como representante de esta Academia para hacer uso de la palabra en el acto de sepelio de la Dra. Berta Kaller Orchansky.

**Art. 2°.-** Remitir una corona en nombre de esta Casa.

**Art. 3°.-** Notifíquese y archívese.



PALABRAS PRONUNCIADAS POR  
EL DR. HORACIO ROITMAN

*Berta Kaller Orchansky*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales despide a su ilustre miembro de número. Este hombre despide a la amiga más querida que la vida pudo regalarle.

Berta Kaller Orchansky tenía tres cualidades distintivas.

Fue una vencedora frente a las más duras adversidades de la vida. Fue siempre joven. Fue el prototipo del docente e intelectual de más elevada jerarquía.

Comprendí que era una triunfadora y que había vencido los obstáculos que a otros los destruyen, cuando me invitó a conocer el pueblo donde había nacido. Palacios, una estación de ferrocarril con una placa que recuerda a las primeras familias de inmigrantes judíos que llegaron a la Argentina en 1890 en el Vapor Wessel, entre los que estaban sus abuelos. Una calle de cuatro cuadras de tierra, una sinagoga, y un cementerio detrás de las vías. Desde allí, en ese pueblo de frontera donde los colonos inmigrantes recuperaron su dignidad como seres humanos luego de las persecuciones de los zares, transitó un largo camino de esfuerzos y sacrificios que culminó con su nombre como una de las firmes candidatas a ocupar la Corte Suprema.

De Palacios a Moisés Ville para recibir educación primaria. Se aleja de sus padres a los trece años para formarse en la Escuela Normal de Santa Fe y vive sola en una pensión. Obtiene su título de maestra y nadie entendía cómo una mujer que tenía una posición asegurada como docente aspiraba a una formación superior. Alumno libre se graduó de abogada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral donde sus condiscípulos la recuerdan por su belleza y su

talento. Más tarde inicia en Córdoba lo que sería la pasión de toda su vida: la docencia universitaria.

Sin ser feminista fue primera mujer en casi todo lo que le tocó hacer. En los últimos cincuenta años, venció los obstáculos que imponía un mundo gobernado por hombres. Profesora titular en la Facultad de Derecho cuando las cátedras eran regidas por hombres, secretaria académica del Rectorado, directora del Primer Congreso Internacional de la Mujer que reunió a todas las intelectuales vivientes en aquella época, secretaria del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, primera mujer miembro de número en la Academia, y con el retorno de la democracia fue decano normalizador -que fue tiernamente evocado ayer por los integrantes del Centro de Estudiantes- y después primera mujer decano electo por dos períodos, y tras el retiro profesora emérita. Finalmente juez del Tribunal Superior de Justicia hace 16 años.

En medio de esa carrera de honores que ganaba exclusivamente por su esfuerzo intelectual y su trabajo, enfrenta dos desgracias que la marcarían a fuego y le templarían el espíritu para estar por encima de las miserias de los seres humanos. A los 43 años pierde a su marido, y recuerdo como si fuera hoy cuando Buteler padre lo despedía hace 30 años a pocos pasos de aquí, dijo «le quedan a Bibi estos cuatro jóvenes retoños...». Con los magros ingresos de profesora universitaria y una pensión de su marido, fue la madre que educó a esos cuatro jóvenes retoños, hoy cuatro destacados profesionales en sus respectivas disciplinas. El segundo embate fue el injusto intento de juicio político, que contrarrestó desafiando la adversidad. Como fue recordado por la prensa, fue sola a la Legislatura y pronunció de memoria un discurso en el que repasó meticulosamente la noche anterior cada una de las palabras: «Vengo a defender mi nombre y mi prestigio intelectual que es lo único que tengo para dejarle a mis hijos...». Cuando anunció que se presentaba sola en la Legislatura se interrumpió la sesión, los diputados azorados concurren a recibirla, dijo lo que tenía que decir, nadie se atrevió a formularle una pregunta, y horas más tarde un distinguido legislador por la minoría le llamó por teléfono para anunciarle que el juicio había sido archivado.

El secreto de su eterna juventud fue su posición progresista frente a la vida. Tenía un aire transgresor, pero su rigurosa inteligencia jamás la hizo tropezar con el desborde. Y esa firme posición de avanzada, la llevó siempre a luchar por un mundo más justo, la reivindicación de las minorías y los discriminados, y, especialmente, a defender la condición de las mujeres.

De la académica, intelectual y profesora universitaria tenemos mucho para recordar. Cuarenta años al frente de la Cátedra de Derecho Internacional Privado. Su aporte consolidó el prestigio de la Facultad, y sus obras escritas siguen siendo hoy de insuperable actualidad. El *Manual...* sirvió a treinta y dos promociones de abogados para estudiar y se sigue utilizando en varias universidades. El año pasado había firmado contrato con su nuevo editor para actualizarlo y esperamos que alguno de sus discípulos lo pueda concretar. Las grandes contribuciones a la ciencia no se hacen con extensos tratados, sino en pequeñas monografías de investigación. Berta hizo dos que jamás perderán vigencia. El régimen de la quiebra extranacional, la llevó a ser el único intérprete fiel del controvertido art. 4º. En su última disertación en un congreso multitudinario en Mendoza, cuando concluyó su exposición una destacada jurista dijo «Bibi hace entendible lo incomprensible, y tan ameno». Su trabajo sobre las sociedades extranjeras, ha cobrado inusual actualidad en estos días en que el debate se ha reabierto con motivo de nuevas interpretaciones sobre el tema. Todos la citan. Su espíritu docente, porque sentía la obligación de retribuir a la sociedad lo mucho que la Universidad le había dado, lo llevó a todos los lugares que ocupó siendo el más significativo la Escuela de Perfeccionamiento Judicial y las reuniones científicas en la Junta Federal de Cortes.

Su talento como escritor, espero podamos recuperarlo. Sus agudas notas de viaje merecen recopilarse. Las de Cuba y la revolución «otra frustración y una oportunidad perdida», las de México y los aztecas, la de su experiencia en Israel hace veinticinco años y la reciente en visita oficial con sus colegas, Machu Pichu, o el regreso a su pueblo natal para encontrarse vitalmente con sus orígenes.

Su humor. Si recopilamos las anécdotas en las que fue protagonista se escribirá otro libro. Es el espíritu jasídico, con el que ella se sentía identificada, porque es expresión auténtica de la vida y la forma de combatir el sufrimiento. Recordaré aquí sólo dos porque a ella le encantaban. La primera el día que llegó tarde a tomar exámenes, y para no interrumpir al alumno interrogado por los otros profesores que habían abierto la mesa, se sentó en la última fila. Su vecino que la vio tan joven y no la reconoció le preguntó «¿Estudiaste? a lo que respondió «Algo, en los últimos años», y el continuó con «Yo apenas si preparé la mitad del programa, el resto me vine a poncho». Imaginarán la sorpresa del estudiante cuando la profesora titular se hizo cargo de la mesa. La otra, es la

que ha pasado por el recuerdo de cada uno de los que conocíamos la historia que ella contaba, sobre el doliente que va a publicar un aviso fúnebre. Estoy seguro de que Berta tan lectora de los diarios, habrá repasado todas las publicaciones de estos días honrando su memoria, y en cada uno habrá encontrado una variante de su historia.

¿Quién fue Berta Kaller Orchansky? En la vida pública fue siempre *Primus inter pares* (primera entre sus pares). En la Facultad fue «La Berta», la que por su solo nombre -como las reinas- imponía autoridad. En la vida privada fue «Bibi», mucho más que un modelo de vida.

No pasó desapercibida en este mundo y nada de lo que pasó en este mundo le fue ajeno.

Para despedirte querida amiga, voy a utilizar un término ajeno a nuestras disciplinas, que viene del derecho administrativo. La vacante que ha quedado, es la más difícil de cubrir. En el Tribunal, en la Academia, en la Universidad, en el mundo de los seres vivos, en la Escuela de Perfeccionamiento, en el ámbito de los afectos, y hasta en el terreno de los adversarios y enemigos que aprendieron a respetarte, no habrá nunca más otra Berta.

## **RECENSIONES**



*EL DERECHO EN LA VIDA,*

de Augusto M. MORELLO,

Avellaneda, Librería Editora Platense, 2002.

Habiendo consagrado su vida al derecho, en un magisterio trascendente, era lógico que Morello dedicara su libro al derecho en la vida. Porque la vida humana es convivencia pero también conflicto, necesitamos del derecho para regularlo y ese quehacer abarca muchos capítulos de la sociedad.

Es una tarea mayor reinstalar a los argentinos en el respeto a la ley. El libro *Un país fuera de la ley* nos lo advirtió y Jorge Vanossi nos ha interpelado muchas veces sobre la anomia de nuestra sociedad. Pero en el tema convergen tantas incitaciones a volver a la ley, que debemos celebrar que la de este libro, que se lee con agrado y tanto provecho, llegue muy a tiempo.

La primera parte instala el tema a través de reflexiones sobre la vida y el derecho, la dignidad de la vida, sus paradojas y la persona. La segunda parte es un intermedio, como la llama el autor, de advertencias no menores. La tercera se titula «El derecho, escudero de la vida», y rastrea el acompañamiento del derecho en las diversas fases de la vida humana, la bioética, la desaparición forzada de personas, el horizonte procesal y así. Temas convocantes, tratados con lucidez y con un estilo atrapante para pensar.

Hay frases del autor que lo dicen todo. Por ejemplo: «*El Derecho sabe de la necesidad de la armonía, del equilibrio y las proporciones; sus mejores aliados son el sentido común y la coherencia. No puede pecar de excesos; cuando pierde la noción de los límites se desjerarquiza, deja de ser derecho y se convierte en abuso o arbitrariedad*».

Muchos son los párrafos antológicos que querría citar. «*La convivencia en el alero de la Justicia y de la Paz Social, se asiste de esa herramienta -el Derecho- a la que estima como la más confiable, efectiva y necesaria. Y es el lúcido puente que facilita los cambios y materializa la ordenada inclusión de los usos sociales y de la estimación de las preferencias de la sociedad. Garante de la sensatez de cada día se **complace en servir**. Finalmente, se sabe fiador activo de un humanismo más justo y sensible. ¡Qué más podemos pedirle!*».

*Pedro J. Frías*



## *EL PODER,*

de Julio César CASTIGLIONE,

Santiago del Estero, Ediciones Universidad Católica de Santiago del Estero, 2003.

La amistad que se estrechó con el autor durante nuestra permanencia en Bélgica, me permitió conocer sus calidades personales e intelectuales de singular valía. Pero no me hacen condescendiente con su obra, al momento de comentarla, porque no necesita ninguna tolerancia. Se impone por sí misma.

Es profunda, pero didáctica; es descriptiva y alguna vez curiosa, pero seria; es novedosa aun para los que hemos cultivado la ciencia política. Es un abordaje sociológico, pero a la vez un paseo por ese resorte de la vida social que es el poder. Depara sorpresas, tanto en las reflexiones de Castiglione, como en la factura del libro, con algunas caricaturas, cuadros y transcripciones, que hacen de la sociología algo más dinámico que la ciencia política.

Se abre con una estimulante introducción de Ricardo Haro y un prólogo del autor. La noción y la naturaleza del poder, la opinión de los más destacados estudiosos del tema, muchas cuestiones menores pero no tanto, como caracteres, fuentes, instrumentos y se concluye con un parangón entre el poder y el amor.

Estoy convencido de que esta obra ayudará mucho si la leen quienes ejercen el poder o aspiran a él, porque la codicia daña al poder. No es un tratado sobre la moral del poder, pero llegamos a eso si se lee con sencillez de corazón y lealtad al bien común.

No salgo de mi asombro por lo original que es aproximarse al modo del autor a un tema sobre el cual uno cree saberlo todo. Estoy tentado de hacer algunas transcripciones, pero me extendería. «¿Por qué se desobedece? Las normas de tránsito, los impuestos». Sólo estoy citando algunas cuestiones para las que el autor destina reflexiones que hacen pensar.

Es que en Castiglione hay reservas que siempre nos sorprenden, como en sus veintitrés libros, su docencia tan rica y múltiple, su experiencia como director de «El Liberal», el clásico diario de Santiago del Estero.

Este libro es una contribución muy importante a la Argentina de hoy. Lo siento así y lo agradezco a nuestro colega de esta Academia de Derecho de Córdoba porque es un acto de servicio a la sociedad.

*Pedro J. Frías*

*LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ARGENTINA.*  
*APORTES PARA UNA LEGISLACIÓN,*  
del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR),  
Roberto BOSCA (compilador),  
Buenos Aires, Fundación Adenauer, 2003.

Al concluir mi historia de las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica (Academia de Derecho de Córdoba, 2003) señalo auspiciosamente la armonía entre los cultos, de que es testimonio el CALIR y el proyecto de ley que sintetiza lo deseable y lo posible. Este libro nace como un aporte, porque los miembros del CALIR de distintas confesiones, a las que no representan en el Consejo, dan testimonio de ello, detalles de su organización y a veces una retrospectiva de su instalación en el país.

La Introducción es imprescindible para abarcar el sentido de la obra, muy necesaria porque las relaciones han sido estudiadas habitualmente entre el Estado y la Iglesia Católica -religión predominante-. Se advierte que los miembros del CALIR, consideran los valores religiosos como el fundamento de cualquier convivencia, porque en ellos se inscribe la dignidad humana

Luego de una síntesis mía sobre la libertad religiosa en Occidente, para la que usé mi relación general en el Congreso de Derecho Comparado en Atenas en 1994, Angel M. Centeno, actual presidente del CALIR, analiza retrospectivamente, con verdadero conocimiento, las relaciones interreligiosas en la Argentina.

Norberto Padilla, en páginas medulosas, enlaza el tema con la Constitución patria, que cumplió su sesquicentenario. Y Jorge Gentile sintetiza el tratamiento normativo del texto constitucional y algunos tratados internacionales. Y no podía faltar un examen de la evolución del tema en el magisterio eclesiástico, que Roberto Bosca trata con su acostumbrada solvencia.

Prosiguen las muy interesantes colaboraciones de cinco protagonistas de otros cultos, que con el mayor interés dan su visión: evangélica bautista, islámica, judía, evangélica pentecostal y evangélica. Sus autores son sucesivamente Raúl Scialabba, Susana El Kadri, Mario Ringler, Hilario Wynczyk y R. Docampo.

Navarro Floria se ocupa del proyecto de ley, que esperamos recibirá un fuerte impulso con este libro.

Y por fin, el apéndice documental con dos completos informes sobre la libertad religiosa en la Argentina, del Dr. Amor, relator especial de la Naciones Unidas sobre el tema y del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

Cierra el libro, el proyecto elaborado al final del desempeño de Padilla en la Secretaría de Culto, del que participaron miembros del CALIR en su carácter de integrante de la Comisión Honoraria de dicha Secretaría. Con este libro, el CALIR justifica muy satisfactoriamente sus actividades, que proseguirán para bien de todos.

*Pedro J. Frías*

*MOMENTOS Y PERSPECTIVAS, LA ARGENTINA  
EN EL MUNDO Y EN AMÉRICA LATINA,*

de Félix PEÑA,

Universidad Nacional de 3 de Febrero.

Conocí a Félix Peña cuando cursaba en Lovaina, después de haberse recibido en la Universidad del Litoral y estudiado en España. Recuerdo bien la primera entrevista con él, porque me sorprendió su talento creativo, sus ideas y proyectos encaminados a la integración económica internacional. Fue un precursor de la globalización. Nada menos.

Y ocupó funciones relevantes, entre otras, en el INTAL y en el Banco Interamericano de Desarrollo.

Recorre distintos momentos de las últimas tres décadas, reproduciendo sus reflexiones sin variación alguna. Es que cree con razón que la perspectiva nacional es la mejor manera de ahondar desde cada país el arte difícil de comprender la realidad internacional, tan dinámica hoy.

Y dice literalmente: *«En cada momento, he entendido que el mundo que nos rodea es inhóspito para solitarios y duro con los países que cometen errores en la apreciación sobre lo que necesitan obtener en el plano internacional y sobre su valor real para el resto de los países, en particular los que concentran mayor poder político y económico».*

En sus palabras previas, Carlos M. Muñiz, el notable presidente del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) destaca una frase de Peña: *«Integrar es sumar esfuerzos para mejor competir y negociar. Es poner en común recursos y mercados, a fin de mejorar las condiciones internas de bienestar de una comunidad de naciones y a fin de mejorar el poder de negociación externa».*

Este recorrido de 30 años se divide en seis secciones y veintitrés capítulos, a cual más interesante. Pero si todo tiene actualidad, el último capí-

tulo debiera ser leído por cuantos tienen responsabilidad porque es sobre la inserción internacional de Argentina después de las crisis de los años 2001-2002. Las catorce páginas finales merecen transcribirse, pero no pudiendo hacerlo, subrayo esta frase: *«La Argentina deberá prepararse para competir con la proyección internacional de su capacidad para producir bienes y prestar servicios que sean valiosos por el valor intelectual incorporado para los consumidores de otros países».*

Propongo a los lectores este desafío.

*Pedro J. Frías*

*REVISTA LATINO-AMERICANA DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES,*  
de Paulo BONAVIDES (director)  
Nº 1, Brasil, Livraría del Rey.

El protagonismo de Paulo Bonavides se acrecienta con esta iniciativa, que se apoya en un cuerpo de consejos y secretarías de constitucionalistas de gran calidad. Por fin, en junio de 2003, se da a luz el primer número con nada menos que cuarenta y un colaboraciones, en oportunidad del centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad que creara. Tribuna abierta, pluralista y crítica, nos advierten en la «presentación» el fundador y director de la revista.

Su lectura coincide con la del libro recién aparecido de Abel Posse, *El eclipse argentino*. Allí nos reserva el notable escritor y diplomático, un espacio algo irreal a los constitucionalistas, porque interpreto que nos niega realismo. Diría yo que no es eso, sino que las constituciones no son indiferentes a ninguno de los desafíos actuales: ni a la globalización, ni a las reiteradas emergencias, ni a los ideologismos en parte persistentes, ni a los paradigmas...

Lo que ocurre es que los constitucionalistas somos arquitectónicos y los vendavales no respetan nuestras convicciones que son las de la Constitución. El paradigma del «Estado de bienestar», que terminó en «males-tar» no respetó la iniciativa privada; el «neoliberal» en decadencia, no respetó la igualdad de oportunidades y aumentó la exclusión social.

Me parece advertir en estas numerosas colaboraciones que el paradigma no es otro que el Estado social de derecho y la economía social de mercado. El adjetivo social lo agregó la Alemania de Adenauer y es el que asegura a la sociedad contra la marginación y la exclusión, que no dejan de aumentar en América Latina. Se me ocurre que apareceríamos menos idealistas -porque los constitucionalistas lo somos- y aún más con

idealismo práctico, si estas revistas eligieron una página de Rulfo, el mexicano de *El llano en llamas* o el prólogo de Eduardo Mallea a *Historia de una pasión argentina* porque son páginas tan realistas, que no admiten ninguna distracción,

Esta revista demuestra que no nos distraemos. Los colaboradores afrontan problemas diversos, difíciles a veces, poco repetitivos, que van forjando un entramado para sostener nuestras sociedades. Si los vendedores nos hacen daño y las dirigencias nos respetan pero no nos escuchan, no es culpa nuestra, según creo. Estamos empeñados en mejorar la cultura social y por eso debemos gratitud a Bonavides, por este emprendimiento.

*Pedro J. Frías*



*DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: GARANTISMO Y CONTROLES,*  
(libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos),  
de Víctor BAZÁN (coordinador),  
Buenos Aires, Ediar, 2003, 1.232 págs..

Para los que estuvimos en el acto de presentación de este libro, nos es difícil separarlo del homenaje rendido al Maestro en la Sociedad Científica Argentina el 19 de agosto de 2003. Es que fue una consagración, como elogio y gratitud de academias, universidades e instituciones, que me hacía recordar la que se tributó a Voltaire en el Teatro Francés en su época, que tanto impresionó a los intelectuales.

Víctor Bazán acogió, como coordinador, el desafío de congregar 85 colaboradores de varios países y consiguió organizar tan variados temas y enfoques a través de tres pilares: el primero, referido a la teoría de la Constitución, el segundo relativo al garantismo y el tercero al control del poder. Pero, como dice en su Introducción, *«tales sectores están recorridos por una misma médula vivificante: 'la defensa de la Constitución', tanto en el derecho vernáculo como en el foráneo»*.

Destaca también Bazán el pluralismo concordante de los colaboradores, que es coherente con el perfil pluralista de Bidart Campos. Pero hay pautas unánimes: «la imprescindible consolidación de la democracia, la pervivencia saludable del Estado de derecho, el respeto y la operatividad de los derechos humanos más allá de cualquier vana incontinencia fraseológica y, en definitiva, la impostergable obligación de defender la Constitución.

Este libro impresionante no sólo habla por sí solo del constitucionalismo iberoamericano, sino que tiene un mensaje para un compromiso todavía con futuro: acentuar el respeto a la ley y a la ley de leyes, porque somos muchas veces, «un país fuera de la ley» así nos ha ido. Es también una fuente bibliográfica impresionante, por la variedad de temas, su articula-

ción, su creatividad en algunos casos y su reenvío a una bibliografía rica que no siempre está a nuestra disposición.

Es además una expresión de fraternidad, bien deseable para los argentinos que hemos desfigurado en el exterior nuestra imagen.

Desde este libro y de su intención manifiesta, podemos recuperarnos.

*Pedro J. Frías*

*CONCURSOS I, 2002-3, REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO,*

Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, febrero 2003, 623 págs..

Manteniendo su estructura tradicional, con la que naciera en 1992, el nuevo número de la Revista, fechado 2002-2003 se centra en *Concursos* y su numeración romana I hace presumir un próximo número sobre el mismo tema unitario, presuntamente exclusivo de los aspectos preventivos de la insolvencia, pues los N<sup>ros.</sup> 10 y 11 fueron dedicados también a la parte liquidativa, intitulándolos *Concursos y quiebras*.

Se suman, como siempre, los «Comentarios críticos de jurisprudencia» con secciones independientes de Parte General, Obligaciones, que se centra en «El problema de la pesificación de las obligaciones en mora con los principales argumentos esgrimidos en la jurisprudencia»; Contratos dedicada a las tendencias jurisprudenciales en «la fianza en la locación»; Derechos Reales, Familia; Sucesiones; Concursos; Seguros; Sociedades; Derecho Cambiario y Derecho Internacional Privado, para concluir con la sección de Derecho Comunitario con un artículo de doctrina: «Protocolo de Montevideo sobre comercio de servicios. Su aprobación por la República Argentina», a cargo del profesor Luis Cruz Pereyra.

La sección principal de doctrina, con la que se inicia periódicamente la Revista, está compuesta por seis artículos de fondo, más el referido al derecho comunitario.

El primero corresponde a uno de los miembros del Consejo de Redacción de la revista, la jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, en torno a «Cuestiones de competencia en las medidas urgentes en el concurso», en el que -en 54 páginas- inicialmente aborda la importancia de la cuestión atento la relevancia que las medidas urgentes o las cautelares innovativas tienen respecto de las decisiones de fondo, paliando la ineficacia del sistema procesal -agregamos-, justificando los procedimientos

de urgencia, aun dentro del concurso, que por su naturaleza es o debiera ser rápido. El artículo compone un análisis sistemático de la cuestión, a los que nos tiene acostumbrados la prestigiosa autora, afrontando la metodología de la ley, las cautelares nominadas por la ley, el tratamiento de las medidas asegurativas trabajadas antes de la apertura del concurso en los juicios conmutativos que se ven afectados por el proceso concursal, distinguiendo entre las que se mantienen y las que se levantan. Luego afronta las cautelares vinculadas a créditos posteriores, a la apertura del concurso preventivo, o sea a las acciones que no son afectadas por el procedimiento colectivo -que pueden corresponder a acreedores reales o simulados-. Son punto central las medidas que puede solicitar el propio concursado para asegurar el mantenimiento de los servicios públicos; suspensión de subastas de créditos hipotecarios o prendarios; e ilustra sobre medidas que también pudieran solicitarse por éste y no previstas en la ley, como en relación a terceros -fideicomiso-, o provisión de medicamentos, o al mantenimiento de contratos de agencia, concesión privada y licencia de marcas. Las referencias doctrinarias, particularmente las jurisprudenciales, son constantes. En este aspecto, detiene su atención en un caso no previsto normativamente, cuales son las medidas precautorias sobre cuentas corrientes bancarias, innovativas y de no innovar, como las tendientes a evitar que se debiten créditos anteriores. Cierra el artículo con tres cuestiones: sobre la imposibilidad de que otro juez pueda dictar medidas cautelares después de declarada la quiebra del deudor -subrayamos que el punto hace a la quiebra y no al concurso- y en esa etapa las precautorias en acciones iniciadas por el síndico para cobrar créditos y recuperar bienes; y las cautelares peticionarias por acreedores en su propio interés, sea en el concurso como en la quiebra. Concluye coincidiendo con el juez Eduardo Favier Dubois (h) sobre la limitación de las medidas cautelares que puede adoptar un juez concursal, pero al mismo tiempo en su facultad para hacerlo.

El segundo artículo es sobre «Verificación de créditos regidos por el derecho extranjero», de Juan Sonoda. El autor señala la significación que adquiere la verificación de esos créditos, regidos por el derecho extranjero al estar exceptuados de la pesificación dispuesta por la legislación de emergencia dictada en el 2002. El derecho extranjero reglará la validez, existencia, monto y causa de las obligaciones contraídas en el extranjero, analizándose la prueba de ese derecho, la existencia de títulos de crédito regidos por el derecho argentino, o de derechos reales de garantía tam-

bien regidos por nuestro derecho, y la posibilidad de que se hubieran promovido juicios ordinarios o ejecutivos en el país.

«Verificación y voto de fiduciarios», de la autoría de Carlos Enrique Ribera, constituye el tercer artículo, que comenta la última reforma introducida por la ley 25.589, señalando los antecedentes normativos, doctrinales y jurisprudenciales del actual art. 32 bis; puntualizando aquellos acreedores que pueden verificar a través del representante o legitimado, vinculado en general a títulos emitidos en serie a una colectividad de acreedores, al sujeto legitimado para verificar por ellos, a la posibilidad de que los acreedores comprendidos pudieran solicitar individualmente la verificación -lo que autoriza expresamente la ley-, incluyendo aspectos como la verificación en la quiebra, el pago de arancel, la asamblea de la colectividad de acreedores para el análisis de la propuesta. En este punto el análisis es cuidadoso y detallado.

Carlos Molina Sandoval, joven investigador con prolífica producción en lo comercial, compone el cuarto artículo sobre «Facultades homologatorias del juez concursal y *cramdown power* en la ley 25.589» (págs. 103 a 144) centrándolo sobre la reforma al art. 52, que introduce no sólo la facultad de homologar, sino también la de imponer a algunos acreedores un acuerdo que no alcanzó las mayorías necesarias, y su incidencia en el resto del marco normativo concursal. Un análisis sobre los antecedentes de las facultades homologatorias del juez, es seguido por la propuesta abusiva o en fraude a la ley, criticando la terminología legal en cuanto a que lo que se homologa es el acuerdo y no la propuesta; la facultad judicial homologatoria aun en inexistencia de acuerdo, en caso de categorización de acreedores -exista o no propuesta única-, deteniéndose en las mayorías, en si se trata de una facultad o un deber, y particularmente sobre las incongruencias procesales del llamado *cramdown power*; en la ilación de las normas procedimentales (arts. 49 y 52 particularmente), sus requisitos y las previsiones de no discriminación. Formula una cuidadosa división de las cuestiones y plantea con decisión su posición particularmente en torno al principio de no discriminación y la forma de imposición a los disidentes, y la comparación exigida sobre el dividendo falencial, y particularmente en torno de la no posibilidad de imposición a los acreedores con privilegio general, punto en discusión por la extraña redacción de las normas. Concluye con el análisis de la posibilidad de aplicación del *cramdown power* para el acuerdo preventivo extrajudicial, concluyendo que ello no es pertinente pues no existe categorización de

acreedores, aunque puedan existir propuestas distintas para diferentes acreedores. Con esa referencia termina el interesante análisis, abriendo la lectura a los dos últimos trabajos sobre el APE.

«Acuerdo preventivo extrajudicial (caracterización, problemas y acuerdos privados» (págs. 145 a 187) se titula el trabajo de Héctor Alegría, codirector de la revista. Señala inicialmente que cuando estaba redactándolo llegó «el completo artículo de Francisco Junyent Bas sobre el tópico», lo que le llevó a modificar la estructura, haciéndolo sobre los principios orientadores del instituto, para seguir sobre temas polémicos y concluir sobre los acuerdos privados no homologados. Así se ocupa cuidadosamente de los antecedentes nacionales y del derecho comparado, trabajando sobre los llamados *prepackaged plans* -que pueden constituir un tema no concluido dentro de quienes trabajan en la modificación parcial del actual sistema-. En temas polémicos se detiene en: a) la posibilidad de categorización, que resuelve favorablemente sin hacer la distinción que formaliza Molina Sandoval, b) la posibilidad de excluir a una clase de acreedores, c) la posibilidad de aplicación del *cramdown power*, expidiéndose afirmativamente, d) el limitado efecto moratorio o de suspensión de juicios, e) la congruencia del sistema de acreedores colectivos o de clase previstos por los arts. 32 bis y 45 bis, autorizando la inclusión o la oposición por parte de los representantes legitimados de éstos; f) efectos sobre los intereses, contratos pendientes, incluso los pedidos de quiebra, la administración por el concursado, como conversión de una quiebra declarada, y del desistimiento o del rechazo de la homologación. Nuestra mayor preocupación por la implantación de estas prácticas en nuestro país, que es la falsedad sobre el pasivo concursal y los acreedores así perjudicados, es tratado como verificación tardía.

«El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589» (págs. 189 a 266) cierra los artículos específicos de este tomo, a cargo del jurista mediterráneo Francisco Junyent Bas, como preanunciara Héctor Alegría. Siguiendo las preocupaciones que nos llevaron conjuntamente a preparar el temario de las XI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, a realizarse en Tanti los días 11 y 12 de septiembre del corriente año, centradas en «Tempestividad de la presentación en concurso: enfoques societario y concursal», para que no ocurra lo que viene sucediendo respecto de la insolvencia societaria, su Introducción versa sobre la prevención de la insolvencia y esta subvariante del concurso preventivo, sus precedentes, el debate sobre la naturaleza de este acuerdo, sus

presupuestos subjetivo y objetivo, su relatividad en cuanto a la concurrencia de la totalidad de los acreedores. La segunda parte está dedicada a los presupuestos, su libertad de forma y contenido, la eventual categorización que la distingue del concurso preventivo -como lo hace Molina Sandoval con quien acostumbra a presentar medulosos trabajos conjuntos- y los recaudos de presentación. La tercera parte está destinada a los efectos de esa presentación, la resolución de admisibilidad, el efecto suspensivo, particularmente sobre los acreedores hipotecarios, prendarios y laborales. La parte cuarta trata sobre las mayorías requeridas y al sistema de oposición, la taxatividad de las causales, a su trámite, que es diverso si el acreedor está denunciado o ha sido omitido, lo que impone su acreditación sumaria como tal. La penúltima parte, la quinta, se refiere a la homologación, que incluye el control judicial.

Los efectos del acuerdo homologado componen la sexta y última parte, sosteniendo que los acreedores excluidos no recurren a una verificación tardía pues no existe la tempestiva, lo que, por lo tanto, excluye -a su entender- la prescripción prevista en el sistema concursal, como también escapan al sistema de la ineficacia concursal todos los actos cumplidos en función del APE homologado. Augura una tarea compleja a la jurisprudencia «para lograr la finalidad de solucionar la crisis económica y sortear los intentos de abuso y empleo fraudulento del instituto».

Los artículos de doctrina concluyen con la referencia anticipada al derecho comunitario con el «Protocolo de Montevideo sobre comercio de servicios. Su aprobación por la República Argentina» -que luce a pág. 579- de autoría del profesor cordobés Luis Cruz Pereyra, donde se destaca la importancia del comercio de servicios y la regulación que se introduce en el protocolo de referencia, ilustrando sobre el alcance y profundidad de los compromisos.

*Efraín Hugo Richard*





*ACTAS DEL CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE DE 1853*,  
Fundación del Banco Empresario de Tucumán, Tucumán, 2003.

La memoria histórica argentina ha hecho justicia a nuestra Constitución sesquicentenario. Jorge Gentile difundió el texto caligrafiado por Juan del Campillo, diputado por Córdoba, autorizado a corregir la redacción, según tradición familiar. Los dos tomos publicados por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y los dos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, que tanto hizo por lo demás para otras celebraciones, fueron documentos altamente significativos. «Otra mirada» de A.J. Montilla y E.A. Frías, y tantos otros que omito, aproximaron a los lectores a la época, sus tensiones y esperanzas y a la tarea cumplida.

Pero faltaba la publicación de las Actas del Congreso mismo, lo que emprende esta importante Fundación. La edición transcribe el texto publicado por el gran tucumano Alberto Padilla, ahora bajo la dirección de Carlos Páez de la Torre (h).

Me desvió hacia una anécdota personal. Cuando *La Ley* preparaba su número conmemorativo, su director, mi buen amigo Carlos Colombo, me invitó a enviar un cuento, -¿Un cuento?, le pregunté sorprendido. Sí, un cuento, me contestó Colombo. Y lo escribí, centrándolo en aquella propuesta del presidente Zuviría, de dilatar la sanción del proyecto hasta que se incorporara la rebelde provincia de Buenos Aires. Pienso cuánto más fácil me hubiera sido si este libro de las Actas hubiera estado en mis manos.

Las Actas están precedidas por el texto del Acuerdo de San Nicolás, que otras veces he evocado, y la convocatoria de Urquiza.

Debemos agradecer a la Comisión Directiva de la Fundación, presidida por el Dr. Ricardo Auad, esta contribución que -en cierto modo- cierra el aniversario, pero debemos alertar a los argentinos, porque seguimos siendo «un país fuera de la ley», según el título del último libro de

Carlos Nino. No quiero reincidir en ese reproche porque es doloroso y está en la base de la crisis institucional argentina. Pero ¿cómo negarlo? Si justamente las Actas reflejan el difícil camino que emprendimos hace 150 años para constituirnos como Nación...

*Pedro J. Frías*

*DOCUMENTOS DIPLOMÁTICOS SOBRE HISTORIA ARGENTINA  
(1850-1954)*

de Pedro Santos MARTÍNEZ,

Mendoza, C.E.I.H.C., 2002, t. IV: 1880-1889 y t. V: 1890-1909.

No podía esperarse menos del Dr. Martínez, consagrado a la historia con una versación y constancia que han enriquecido nuestro pasado. No sólo investigador, sino también maestro de investigadores, académico y docente universitario.

Los documentos que se van presentando son una selección de los archivos diplomáticos de Alcalá de Henares (España), Ministerio de Asuntos Exteriores (Madrid) y Ministère des Affaires Etrangères (París). En ellos los representantes extranjeros en Buenos Aires documentan aspectos de la realidad nacional. El primer tomo de los que comento, se ocupa de las presidencias de Roca y Juárez Celman.

La Introducción del autor no puede ser más interesante. Imaginamos espiar al representante español en los episodios críticos del '80, que concluyen con la federalización de Buenos Aires y tantos pequeños episodios, como un agolpamiento de españoles en la legación, que "ha roto las puertas exteriores de la casa...".

Algún yerro grueso hay sobre Juárez Celman al que se resta toda importancia política. No ignoro que no pudo superar el desenfreno especulativo de su tiempo, pero si alguien representaba al interior era él. Sus compañeros de la Universidad de Córdoba y los de Avellaneda, fueron los integrantes de la mal llamada Liga de Gobernadores, con la cual "el interior fue el Poder". Por supuesto, no se equivoca el informante al elogiar a Gorostiaga. Y siguen los comentarios como si Juárez Celman fuera sólo una hechura de Roca...

La ley 1420 de educación y el conflicto con la Iglesia también ocuparon a los diplomáticos. Recién sabemos que el representante pontificio,

ante el riesgo en que lo ponía el conflicto, pidió al de Francia que lo alojara, y recibió conformidad, pero no fue necesario ese asilo. El francés incitó al Ministerio de Relaciones Exteriores a ser moderado... Hasta insinúa que el gobierno tiene la intención de crear una iglesia nacional argentina, desembarazada de Roma ¡Nada menos!

Y siguen las síntesis de Martínez sobre inmigración, la crisis económico financiera, el ferrocarril trasandino y las relaciones en el Cono Sur.

Imagine el lector si hay de qué saciar la curiosidad sobre la década siguiente, a la que ya no me refiero. Esta documentación es un aporte de incalculable importancia para nuestra historia, vista por los extranjeros. Como además, los índices son muy valiosos, debemos agradecer la esforzada tarea del autor.

*Pedro J. Frías*

*LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN,*  
de Roberto CORNET (dir.) y otros,  
Córdoba, Mediterránea, 2003, 261 págs..

Este libro es un instrumento de trabajo para abogados, magistrados y jueces, muy actualizado y preciso. Es ejemplar su utilidad para resolver problemas causados por los conflictos que aparecen, tanto entre los miembros de la sociedad en formación como entre ellos y sus relaciones externas. Tiende a superar los conflictos existentes desde la sanción de la ley de sociedades comerciales 19.550, y su reforma por la ley 22.903, con los cambios introducidos por ellas.

Es una investigación sobre el sentido y la conexión de estos cambios, dirigida por Roberto Cornet («El íter constitutivo»), hecha por Baldomero González («Personalidad de las sociedades»), Santiago Buitrago («Elementos especiales»), David A. Kulman («Formas constitutivas») y Oscar L. Dracich Loza («Efectos de la sociedad en formación»).

Algunos ejemplos de las situaciones que atraviesan las sociedades en formación, son los siguientes:

*Personalidad:* Un fallo mayoritario de la C.S.J.N. negó que tuvieran personalidad jurídica y capacidad de estar en juicio, ni por sus órganos ni por sus representantes. Podía recurrirse, en todo caso, a las reglas que rigen las sociedades irregulares. La capacidad de las primeras era «precaria y limitada», sin incluir la capacidad de estar en juicio.

La doctrina está cada vez más segura de la personalidad jurídica de las sociedades en formación, cuando han iniciado los trámites para inscribirse. El fundamento es la ley, que no fija un plazo máximo para hacerlo y por esto, el hecho de estar tramitándola y sus circunstancias deben comprobarse en cada caso. Pero en este período, la sociedad sólo es responsable de los actos necesarios para su constitución. Si se abandona el íter constitutivo, la sociedad «se convierte» en irregular (págs. 95/98).

*Bienes registrables:* Pueden estar en el aporte de los socios para formar el patrimonio social, y el hecho de que así sea confirma que las sociedades en formación son sujetos de derecho. Un problema es el lenguaje que usa la ley al referirse a la transferencia de esta clase de aportes; cuando para ella se requiera la inscripción en un registro, «*ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación*» (art. 38 ley 19.550).

Está claro lo que se quiere «prever» (la posibilidad de que el bien sea embargado por los acreedores particulares del socio aportante, impidiendo la formación de la sociedad). Pero en derecho registral no hay inscripciones «preventivas». Hay inscripciones y anotaciones «definitivas» y «provisorias» y anotaciones «preventivas». La forma y los efectos de las anotaciones hacen pensar que en el caso de los bienes registrables y las sociedades en formación, hay inscripciones «provisorias» (págs. 111/115).

*Contrato, validez:* Para la validez del contrato social se requiere que contenga los que la doctrina llama «*elementos no tipificantes*», que deben estar presentes en *todo* contrato o estatuto social, *sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad*. Son nueve: datos personales de los otorgantes; nombre y domicilio social; objeto social; capital social; plazo de duración; organización de la administración, fiscalización y reunión de socios; regla para distribuir utilidades y soportar pérdidas; derechos y obligaciones de los socios; funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad (art. 11 ley 19.550).

La decisión de agregar las soluciones más útiles a los problemas, es propia de este análisis de las formas con que se constituye la sociedad. Por ejemplo, a pesar de las apariencias, no es *indispensable* que el contrato contenga, bajo pena de nulidad, las cláusulas que mencionan los tres últimos incisos (7° al 9°), porque en el mismo inciso 7° está el principio de que los socios participan en las utilidades y en las pérdidas según el monto de su aporte; porque los derechos de los socios están consignados en la ley y no pueden ser suprimidos y porque la ley reglamenta la liquidación de la sociedad en los arts. 101 a 115 (pág. 153).

*La sociedad en formación, etapa y categoría:* Son conceptos relativos a los contextos en los que actúa la sociedad: el primero como etapa necesaria de toda sociedad regular, que todavía no ha llegado a inscribirse en el Registro Público de Comercio pero que busca su inscripción y puede demostrar que es así, mientras la «voluntad inscriptoria»

exista; el segundo como categoría jurídica, para la cual las relaciones aparecidas durante el periodo fundacional de la sociedad deberán encuadrarse en pocos y determinados artículos de la ley 19.550. La posibilidad de que así fuera fue negada en la doctrina. Pero la redacción actual del art. 183 de la ley, modificado por la ley 22.903, hizo que la evolución de la doctrina y la jurisprudencia reconociera que la sociedad en formación puede ser realmente una categoría jurídica.

La dificultad práctica se encuentra en la necesidad de comprobar, de acuerdo a los hechos y en cada caso concreto, la persistencia del íter constitutivo. Este libro trata de reconocer los efectos jurídicos que puede tener en su principio y su fin (págs. 211/225).

Estos ejemplos destacan el cuidado con que fue hecha esta investigación y su utilidad en la búsqueda de soluciones viables.

*Marcelo A. Barberán*





## *INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO FORENSE,*

de Olsen A. GHIRARDI,

Buenos Aires, Dunken, 2003, 224 págs..

Tuve siempre respeto por la Lógica, aunque era difícil para un estudiante secundario, pero las lecciones de varias obras del Dr. Ghirardi me han introducido a una disciplina fascinante por el acabamiento que da a nuestras intuiciones y reflexiones de profesional del derecho. El razonamiento forense no es simple, porque debe conciliar hechos, hipótesis a probar, normas e intereses contrapuestos. La experiencia profesional incorpora las formas forenses, pero el razonamiento es algo más profundo y, a veces, sorprendente.

El prólogo del libro nos sitúa en el origen de los capítulos, porque unos provienen de obras publicadas pero otros son respuestas a críticas del Dr. Nolberto Espinosa desde el Instituto de Filosofía Práctica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Mendoza.

Acierta el Dr. Ghirardi en agregar a la Introducción, sus aportes a las *modalidades* del razonamiento forense y las diferencias entre los actores del proceso en el mundo angloamericano y en el continental.

Las aseveraciones sobre la tarea de fundamentar las sentencias judiciales penetra en nuestra experiencia e ilumina temas entrevistados con alguna inercia a veces o con desconcierto. Liberarnos de ese desconcierto es un logro no menor de este libro. Es una guía esencial y no faltan ejemplos, como el voto del Dr. Martínez Paz por la determinación de puntos litigiosos.

En el análisis de una sentencia, el autor se prodiga en el método que todos debiéramos seguir para abordarla. Ojalá hubiera tenido esto en mi memoria, cuando con alguna rapidez debíamos dar opinión o nuestra firma como letrado o como juez.

No entro en el diálogo entre el Dr. Espinosa y el Dr. Ghirardi porque sus problemas exceden mi competencia, pero encarezco la lectura de la

lógica de la praxis, porque, todos estamos involucrados en ella. Lo que ocurre es que Espinosa es filósofo y Ghirardi, que lo es con excelencia, prefiere un estilo más llano para la comprensión,

Una copiosa bibliografía concluye el libro, cuya reflexión es indispensable a todos los operadores de la justicia. Así lo espero para bien de todos en un momento crítico de las relaciones entre los poderes públicos y la sociedad misma.

*Pedro J. Frías*

## **MEMORIAS DE LOS INSTITUTOS**



## MEMORIA DEL INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

### **I. Consideración general**

De manera preliminar, cabe considerar que el Instituto ha funcionado con la misma regularidad que lo viene haciendo en los pasados cinco 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 nueve reuniones, con lo cual se suman en total a un número de cincuenta y cinco las tenidas por este Instituto desde su creación y todas ellas, debidamente documentadas en el libro de actas respectivo, a ciento treinta y siete folios. En el curso del presente año, se recibió un total de seis exposiciones plenarias, contabilizándose en ellas, las brindadas por los miembros titulares y las de invitados especiales al Instituto. De manera tal que han sido expositores, con los temas que se habrán de informar *infra*, los Dres. Olsen A. Ghirardi, Armando S. Andruet (h), Raúl E. Fernández y Patricia E. Messio y como invitados especiales, los Dres. Ariel Alvarez Gardiol y Jorge Peyrano.

Corresponde agregar también y tal como fuera debidamente ponderado, que se procedió a invitar a nuevas personas a que se incorporen al Instituto con el carácter de miembros invitados, los que participaron activamente a lo largo del año académico de la totalidad de reuniones; son ellos los siguientes: Ab. Marina Riba, Ab. Jorge A. Barbará, Ab. Rolando Guadagna y Ab. María del Pilar Hiruela. Los dos primeramente señalados, han sido a su vez, ganadores del «Concurso sobre razonamiento

forense» (edición 2002) que fuera convocado por el Instituto; y la que ha sido finalmente nombrada, fue durante el año en curso, galardonada por la Bolsa de Comercio de Córdoba, como 'Joven Sobresaliente' (edición 2003), lo cual denota en todos los casos, la entidad de los invitados.

## 2. Información y participación de los miembros

El Sr. Director, Dr. Olsen A. Ghirardi en apretada síntesis ha cumplido entre otras actividades las que son señaladas ahora: participación y conferencia en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora, donde se lo ha incorporado como miembro honorario; intervención en la publicación de la Editorial Planeta, del tomo X de la *Nueva Historia de la Nación Argentina* -en donde a pedido de la Academia Nacional de la Historia- se ocupó sobre la historia de las ideas filosóficas en la República Argentina durante la centuria pasada. Publicó el libro *Introducción al razonamiento forense*, Buenos Aires, Dunken, abril de 2003, 224 páginas. También ha sido invitado por el Prof. Antonio Martino, miembro correspondiente de esta Academia en Italia, a los efectos de presentar en Pisa la reciente publicación en dos tomos con ocasión de los 150 años de la sanción de la Constitución de la Nación Argentina.

El Dr. Armando S. Andruet (h), informa que ha sido designado por el Sr. rector de la Universidad Católica de Córdoba, director del Centro de Bioética de dicha Universidad; también que ha participado de una serie de conferencias en la República del Perú, en la Universidad Garcilaso de la Vega, Unifé y San Pedro, habiendo sido honrado por esta última con el *doctorado honoris causa*. De igual manera, hace presente que junto a los Ab. Pilar Hiruela y Jorge Barbará, ambos miembros invitados en el presente año académico al Instituto, han completado la publicación de un pequeño volumen intitulado *Introducción filosófica al derecho*.

El Ab. Raúl Fernández pone en conocimiento a los miembros, que ha realizado el prólogo a un libro de Gabriel Tosto y otros autores, que se ocupa de tópicos vinculados con la casación y el razonamiento forense en sentido laxo; destaca que ha sido invitado por la Universidad Siglo XXI a participar en la carrera de Maestría de Derecho Empresarial, con un módulo sobre Metodología de la Investigación.

El Ab. Luis R. Rueda señala que ha sido designado presidente del Tribunal de Ética de la Asociación de Magistrados Nacionales; también fue invitado a participar en el Seminario organizado por la Procuración General de la Nación, sobre temas de argumentación jurídica.

### **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, realiza 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 críticas 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 intitulada: «Los conceptos prácticos, especialmente los jurídicos».

b) El Dr. Armando S. Andruet (h) expuso una conferencia sobre el tema: «Las partes del discurso forense».

c) El Ab. Raúl Fernández brindó su exposición que llevó por título: «Cámara Nacional de Casación Penal - Control de logicidad».

d) La Abog. Patricia Messio expuso sobre: «Medios de comunicación y administración de justicia».

e) El Dr. Ariel Alvarez Gardiol, en reunión ordinaria y especialmente convocado a tal efecto, brindó una conferencia que fuera intitulada: «Sobre un intercambio de opiniones: O. Ghirardi - N. Espinosa».

f) El Dr. Jorge W. Peyrano, en reunión especial del Instituto y en ocasión de su incorporación como miembro correspondiente de la Academia en la Ciudad de Rosario, brindó la conferencia sobre el tema «Las acciones preventivas».

#### 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 VI del Instituto, y que lleva por título *El fenómeno jurídico* (250 páginas).

El mencionado volumen, además de recoger el trabajo especialmente escrito por los miembros del Instituto, ha incorporado igualmente la exposición que en el Instituto brindara el Prof. Dr. Ariel Alvarez Gardiol; como así también, incorporó la publicación de los trabajos que oportunamente fueran los premiados en el «Concurso de Monografías: Razonamiento Forense» (edición año 2002) y que corresponden a los siguientes: Ab. Gustavo Arballo («Razonamiento e interpretación»), Ab. Jorge A. Barbará («Razonamiento forense y lógica formal») y Ab. Marina Riba («Los condicionamientos extralógicos en las resoluciones judiciales»).

\*

#### MEMORIA DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS IDEAS POLÍTICAS ROBERTO I. PEÑA

#### **XIV Simposio de Historia del Derecho Argentino. «Continuidad y madurez del derecho histórico argentino»**

Se llevó a cabo entre los meses de abril y diciembre de 2003, a través de reuniones quincenales realizadas en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Fue 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 Moisset de Espanés: *El método del Código Civil argentino.*

Luis Maximiliano Zarazaga: *El aporte de Córdoba en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*



Mario Carlos Vivas: *Los instrumentos públicos y privados en el derecho común. Las Partidas y el Código Civil argentino.*

Luisa Adela Ossola: *El proceso histórico de la educación en la Argentina. Epoca de Rivadavia.*

Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *Resurgimiento de un antecedente prestigioso. El Reglamento Provisorio dictado por el Congreso de Tucumán para las Provincias Unidas de Sud América del 3 de diciembre de 1817.*

Marcela Aspell: *Amancebamiento y uniones irregulares en Indias. Siglo XVIII.*

Marcelo Milone: *Telasco Castellanos y los estudios de derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Emilio Baquero Lazcano: *La ley 2023 de 1908. Reforma de la Educación Común.*

Héctor Javier Giletta: *La evolución del constitucionalismo en los siglos XIX y XX. Primera parte.*

Nelson Dellaferrera: *Los registros de la propiedad eclesiástica en América española.*

Carlos Octavio Baquero Lazcano: *El pensamiento jurídico de Agustín Díaz Bialet.*

Esteban Llamosas: *La cultura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Estudio de las bibliotecas corporativas y particulares.*

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *Los delitos de robo y hurto en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII.*

Candelaria Berberían: *Protección del patrimonio arqueológico de la provincia de Córdoba.*

### **XIX Seminario sobre Historia del Derecho Argentino. «Los instrumentos interpretativos del derecho histórico argentino»**

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 en el Salón Vélez Sársfield de la Facultad de Derecho durante octubre de 2003, conforme con el siguiente diagrama:

*El derecho civil mercantil y financiero:* Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira, Prof. Haydee Beatriz Bernhardt Claude de Betterle.

*El derecho laboral:* Dra. Marcela Aspell, Prof. Marcelo Milone.

*El derecho procesal:* Prof. Luis Zarazaga, Prof. Javier Héctor Goleta, Dr. Esteban F. Llamosas

*El derecho agrario y minero:* Prof. José Oscar Abraham, Prof. Emilio Baquero Lazcano.

*El derecho penal:* Prof. Jacqueline Vasallo, Prof. Carlos Octavio Baquero Lazcano.

Córdoba, 2003.

### **Jornadas Nacionales sobre el Sesquicentenario de la Constitución Nacional**

Organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se llevaron a cabo durante el 8 y 9 de mayo del 2003. Fueron inauguradas por el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Durante su transcurso, el Dr. Pedro J Frías pronunció la conferencia: «*El sesquicentenario constitucional: de ayer a hoy*» y se presentaron los siguientes paneles:

**I Panel:** *Génesis y proyección histórica de la Constitución Nacional*

Dr. Dardo Pérez Guilhou: «Entorno histórico-político de la Convención Santafesina de 1853».

Dr. Isidoro J. Ruiz Moreno: «La labor del Congreso Constituyente de 1853».

Dr. Miguel Angel De Marco: «Santa Fe en los días de la Constitución».

Dr. Jorge Rouges: «El sistema federal argentino y el déficit de desarrollo integral de la Nación».

*Coordinador: Dra. Marcela Aspell.*

## **II Panel:** *Génesis y proyección jurídica de la Constitución Nacional*

Dr. Ricardo Haro: «El Poder Judicial en la Constitución Nacional de 1853-60».

Dr. Antonio María Hernández: «El federalismo en la Constitución Nacional de 1853-60».

Dr. Alberto Zarza Mensaque: «El federalismo argentino ¿una utopía?».

Dr. Jorge Reinaldo Vanossi : «La Constitución histórica como fenómeno carismático».

*Coordinador: Dr. Jorge Gentile.*

## **Programa de Perfeccionamiento de Investigadores en la Enseñanza del Derecho - Area 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 celebrado durante el 8, 15 y 22 de octubre del 2003, bajo la dirección y coordinación general de los doctores Aspell y Yanzi Ferreira y con la presentación de los siguientes trabajos.

Dra. 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*».

Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *Los espacios jurisdiccionales penales de Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII.*

Ab. Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: *La justicia penal en Córdoba del Tucumán.*

Ab. Luis Maximiliano Zarazaga: *Un jurista del siglo XX: el doctor Enrique Martínez Paz.*

Ab. Javier Giletta: *Los modelos constitucionales en la provincia de Córdoba.*

Dr. Esteban Federico Llamosas. *Las bibliotecas jurídicas en Córdoba del Tucumán.*

Córdoba, 2003.

### **Cuartas 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 llevaron a cabo el 7 de octubre del 2002.

Participaron presentando sus trabajos de investigación los doctores Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Marcela Aspell, Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle, Esteban Federico Llamosas y Jacqueline Rossely Vasallo.

### **XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano**

Organizado por el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y la Pontificia Universidad Católica del Perú se celebró en Lima entre el 23 y el 26 de septiembre del 2003.

Participaron los doctores Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Mario Carlos Vivas, Nelson Dellaferrera, Esteban Federico Llamosas y el abogado Luis Maximiliano Zarazaga con los trabajos de investigación que se describen a continuación:

Marcela Aspell: *Que quedará de mí cuando te vayas. Abandono y violencia en los contextos familiares indianos del último cuarto del siglo XVIII.*

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *Los delitos contra la propiedad en el derecho indiano del último cuarto del siglo XVIII. El caso de Córdoba del Tucumán.*

Nelson Dellaferrera: *Los registros de la propiedad eclesiástica según los concilios y sínodos platenses.*

Luis Maximiliano Zarazaga: *La pervivencia de las Partidas en la Corte Suprema argentina.*

Esteban Federico Llamosas: *Una biblioteca moderna en la Córdoba de finales del siglo XVIII: los libros jurídicos del Obispo Angel Mariano Moscoso.*

Mario Carlos Vivas: *Influencia de los elementos naturales en el derecho indiano a través del Cedulaario de Encinas.*

Lima, Perú, 2003.

### **Primer Congreso Internacional sobre Historia de las Universidades en América y Europa**

Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, la Junta Provincial de Historia de Córdoba, la Fundación para el Estudio del Pensamiento Argentino y Americano y la Sociedad de Historia de la Educación Latinoamericana se llevó a cabo durante los días 10 a 12 de julio del 2003 en la Universidad Nacional de Córdoba.

Participaron los miembros de nuestro Instituto con los trabajos de investigación que se describen a continuación:

Dres. Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *La enseñanza del derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Dr. Esteban Federico Llamosas: *Notas sobre una corriente jurídica no tradicional. Los manuales de confesores en la Biblioteca jurídica de Córdoba.*

Ab. Marcelo Milone: *Contribución de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social al desarrollo laboral.*

### **Congreso Internacional: América Latina: identidad, integración y globalización**

Organizado por el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba se llevó a cabo desde el 10 al 12 de julio del 2003.

Los Dres. Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira participaron en el panel titulado: *Experiencia y ciencia en la función reguladora del derecho penal castellano indiano.*

*Córdoba, 2003.*

### **II Congreso Internacional sobre la Unidad de la Cultura Jurídica. De Roma al Tercer Milenio: la pervivencia del derecho común**

Organizado por la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires se llevó a cabo en la ciudad de Buenos Aires durante el 27 y 28 de agosto del 2003.

Participó el doctor Mario Carlos Vivas con una investigación sobre el tema: *Los instrumentos públicos y privados en el derecho común. Las Partidas y el Código Civil argentino.*

*Buenos Aires, 2003.*

### **VI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano**

Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina se realizó desde el 22 al 24 de mayo del 2003.

Los doctores Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira participaron con una ponencia sobre el tema: *La enseñanza del derecho romano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

*Córdoba, 2003.*

### **Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba**

El 18 de noviembre del 2003 el abogado Esteban Federico Llamosas, de la Cátedra «B» de Historia del Derecho de nuestra Facultad de Derecho alcanzó el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba tras una brillante defensa de su tesis doctoral presentada bajo la dirección de la doctora Marcela Aspell.

Dicha tesis doctoral alcanzó la máxima calificación de *Diez Sobresaliente. Recomendada para publicación.*

El Tribunal de Tesis estuvo integrado por los doctores Fernando Martínez Paz, Consuelo Parmigiani de Barbará y María Cristina Vera de Flachs.

### **Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Madrid**

El próximo 15 de diciembre del 2003 el abogado Alejandro Agüero, de la Cátedra «B» de Historia del Derecho de nuestra Facultad de Derecho defenderá su tesis doctoral titulada: *Espacio local y jurisdicción criminal en el antiguo régimen. La justicia penal en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII y XVIII*, presentada ante la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Madrid.

Integran el Tribunal de Tesis los doctores Benjamín González Alonso, (Universidad de Salamanca); Bartolomé Clavero Salvador (Universidad de Sevilla); Marcela Aspell (Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina); María Paz Alonso Romero (Universidad de Salamanca); Marta Lorente Sariñena (Universidad Autónoma de Madrid); Jesús Vallejo Fernández de la Reguera (Universidad de Sevilla); Fernando Martínez Paz (Universidad Autónoma de Madrid).

#### *Tesistas*

Se encuentran realizando su tesis doctoral con planes aprobados por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba los siguientes abogados:

Abogada Candelaria Berberian: *Protección del patrimonio arqueológico de la provincia de Córdoba.*

Abogado Marcelo Milone: *Proyección de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba en las Cámaras del Congreso Nacional.*

La primera de los nombrados se encuentra bajo la dirección de la doctora Marcela Aspell, en tanto el abogado Milone es dirigido por el doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

Los becarios Alejandro Agüero y Esteban Llamosas que fueron distinguidos con el otorgamiento de Becas Fomec, *Fondo para la Mejora de la Calidad Educativa*, han continuado cumpliendo en el transcurso del 2003, 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*

## **Ampliación del acervo bibliográfico del Instituto**

Ha continuado durante el año 2003 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 Marta Fábregas de Peña en el transcurso del 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*.

La Biblioteca, presidida por un retrato del fundador del Instituto y primer director, ha sido reinstalada en el primer piso de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tras la importante refacción



edilicia, operada en su sede de calle Artigas 74 de esta ciudad, que ha permitido contar a sus lectores con espacios propios y muy agradables para el trabajo intelectual,

*Doctora Marcela Aspell*  
*Secretaria*

*Ramón Pedro Yanzi Ferreira*  
*Director*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

La primera reunión se llevó a cabo el 3 de junio, dedicándose a programar las actividades para el período 2003-2004. En la referida reunión se decidió retomar -a los fines de cerrar el tratamiento de lo trabajado durante 2002- el tema relativo a *Inmunidad de jurisdicción de los Estados*. Se consensuaron fechas tentativas para las distintas exposiciones y debates, resolviéndose continuar las labores los martes entre las 17.30 y las 19.00.

En la reunión del 24 de junio, los miembros del Instituto acordaron dar por terminada la labor en materia de «Inmunidad de jurisdicción de los Estados» y abordar el tema *La doctrina jurisprudencial emanada de los laudos arbitrales del Mercosur*, distribuyéndose las cuestiones para tratamiento y las fechas de intervención de los distintos expositores

El 12 de agosto, el Dr. Ernesto J. Rey Caro, consideró: *La solución de controversias en el Mercosur. Aporte jurídico de los laudos*.

El 26 de agosto, la Mgr. Susana Sartori analizó *El aporte doctrinario de los laudos I y II del Mercosur*.

El 9 de septiembre la Mgr. María Alejandra Sticca se ocupó del *Aporte doctrinario del Laudo VII del Mercosur*.

El 23 de septiembre la Dra. María Alejandra Sticca se dedicó a la consideración del *Aporte doctrinario del Laudo IV del Mercosur*.

El 14 de octubre el Dr. Arturo Pagliari trató el *Aporte doctrinario del Laudo V del Mercosur*.

El 29 de octubre la Dra. Graciela Salas consideró el *Aporte doctrinario de los laudos VIII y IX del Mercosur*.

El 18 de noviembre la Ab. Esther Mathieu examinó el *Aporte doctrinario del Laudo III del Mercosur*.

Ese mismo día, la Dra. Zlata Drnas de Clément sintetizó el *Aporte doctrinario del Laudo VI del Mercosur*.

Como labor final de las tareas de 2003, se fijó fecha límite para la entrega de las exposiciones desarrolladas y señaladas *supra*, en soporte papel e informático, con miras a su publicación. El trabajo final se acompañará de un nomenclador analítico que permita integrar los aportes doctrinarios de la jurisprudencia del *Mercosur* y una matriz que permita una apreciación global de tales aportes.

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE SANTA FE

Cumplimos en elevar al señor presidente la memoria de los actos académicos realizados en el transcurso del corriente año.

La sesión inaugural estuvo a cargo del señor ministro de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, profesor Dr. Héctor Negri, quien desarrolló el tema «El derecho como proyecto de armonía social».

En la sesión siguiente se convocó al decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, profesor Dr. Ricardo Silberstein, quien se refirió al tema «La cuestión de la limitación de la responsabilidad en las sociedades comerciales»

El 1° de septiembre se desarrolló una reunión especial de «Honor a la Constitución Nacional», con intervención de un panel integrado por los señores miembros académicos correspondientes profesores doctores René Balestra y Néstor Sagüés.

Durante el 22 y 23 de agosto se realizaron -organizadas por los miembros del Instituto radicados en la ciudad de Santa Fe- las reuniones preparatorias de las XIX Jornadas Nacionales del Litoral y Derecho Civil. El acto se realizó en el Paraninfo de la Universidad Nacional del Litoral y fue presidido por el presidente honorario de la Academia, profesor Dr. Luis Moisset de Espanés, por el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral profesor Dr.

Mariano Candiotti y por el secretario académico de este Instituto en la zona norte de la provincia de Santa Fe, profesor Dr. Edgardo Saux. Luego de las palabras inaugurales pronunciadas por todos los que presidieron el acto en forma sucesiva, se abrió el panel Obligaciones («De dinero y de valor»). Al mediodía se realizó un almuerzo de camaradería del primer día y a las 15.30 siguieron las deliberaciones con el panel de Parte General («Comienzo de la existencia de la persona natural») para continuar con el tema de Derechos reales («Superficie forestal»). A la noche se realizó una recepción en dependencias del Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe y el sábado 23 se realizaron los paneles de Derecho de familia («La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia») y Sucesiones («Posesión hereditaria»), concluyendo las deliberaciones al mediodía. Intervinieron como ponentes los profesores Trigo Represas, Lorenzetti, Mosset Iturraspe, Tobías, Méndez Costa, Moisset de Espanés, Mayo, Puerta de Chacón, Azpiri, Córdoba, Andorno, Nicolau, Hernández, Natale, y algunos otros. Asistió también el secretario académico de Rosario de este Instituto. Las sesiones coronaron con un cena presidida por las mismas autoridades que iniciaron las sesiones. Estas contaron con la presencia de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, nutrida cantidad de alumnos y público en general.

El 10 de noviembre tuvo lugar la reunión especial convocada con ocasión de la visita como disertante del presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, profesor Dr. Olsen A. Ghirardi, quien viajó acompañado del presidente honorario, profesor Dr. Luis Moisset de Espanés, bajo cuya presidencia se creó este Instituto. La disertación del Dr. Ghirardi se refirió a las «Modalidades del razonamiento forense (desde Grecia al *common law*)». En esa reunión recibieron sus diplomas los nuevos miembros que la Academia incorporó al Instituto, profesores doctores Enrique Stein, Enrique Carlos Müller, Jorge Roberto Albornoz y Luis Pedro Manuel Puig.

Por fin, el 25 de noviembre se realizó la sesión de clausura de las actividades académicas del Instituto, oportunidad en la que pronunció una conferencia el profesor Dr. Jorge Walter Peyrano. Oportuno es señalar que el Dr. Peyrano aceptó referirse a la disertación que pronunciará con ocasión de su incorporación como miembro correspondiente de la Academia Nacional, para que pudiera ser apreciada por aquellos que no habían podido asistir al acto de su ingreso.

Todas las reuniones del Instituto, con excepción de la de clausura que tuvo lugar en el aula «Profesor Roberto Fontanarrosa» de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, se realizaron en dependencias del rectorado de la Universidad Nacional de Rosario, bajo la presidencia de su titular, profesor Dr. Roberto H. Brebbia y asistido por el secretario del Instituto, profesor Dr. Juan José Casiello. Asistió siempre una importante cantidad de miembros del Instituto, profesores invitados y alumnos de la Facultad.

Al poner este informe en conocimiento del señor presidente y demás miembros de la Academia, hacemos propicia la oportunidad para saludarles con las expresiones de nuestra respetuosa consideración personal.

*Juan José Casiello*  
*Secretario*

*Roberto Brebbia*  
*Presidente*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

Tengo el agrado de dirigirme al señor académico presidente y, por su intermedio, a los demás miembros, a fin de destacar las actividades que se realizaron en esta sede durante el presente año por el Instituto que dirijo.

Estas pueden dividirse en dos categorías:

1) Las reuniones regulares, con la exposición y discusión de temas de derecho comparado.

2) La realización de investigaciones varias.

En lo que concierne al primer punto, se efectuaron reuniones regulares todos los miércoles, a partir de abril, en el local de la Academia, desde las dieciocho horas y treinta minutos, con una duración aproximada de hora y media, con la excepción del período en que el suscripto debió viajar al extranjero (fines de septiembre y primera quincena de octubre).

En esos encuentros fueron tratados diversos temas referidos al derecho comparado, y al derecho en general, haciendo especial hincapié en las ramas del derecho privado; también se debatieron temas de interés

general vinculados con las realidades político económicas que ha atravesado nuestro país.

Entre los temas analizados podemos mencionar: 1) La inscripción tardía del automotor y los supuestos de responsabilidad civil del titular registral y del adquirente «guardián» del rodado; 2) Las ventajas y desventajas comparativas del proceso de selección de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 3) La justiciabilidad de la conducta de los jueces por el contenido de sus sentencias, desde una perspectiva peruana y argentina; 4) La reforma del Código Civil con relación a la responsabilidad del fiador en el contrato de locación, la postura de la jurisprudencia; 5) La validez de cláusulas de responsabilidad en los contratos tipo; 6) Las tendencias actuales en el estudio de la responsabilidad civil y la importancia del 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 clásicos, tales como la ilicitud, con especial referencia a la situación en el derecho administrativo.

En materia de investigaciones, se brindó preferente atención a dos temas: 1) El estudio comparado del genoma en su perspectiva de la protección de los derechos humanos, haciéndose hincapié específicamente, en las cuestiones referidas al derecho a la intimidad, el uso de los datos genéticos para fines laborales, así como en el ámbito de actuación de las aseguradoras, sin dejar de lado los alcances y las posibilidades tutelares de la legislación del habeas data en la República Argentina, así como de otros sistemas jurídicos nacionales; en este tema trabajó intensamente el señor Christian Sommer, y prestó alguna colaboración el abogado Eduardo Jesús Sánchez; 2) El estudio de la protección de la vivienda familiar en Iberoamérica, en especial, en sus faceta registral, sin obviar los alcances legislativos con relación a los requisitos de afectación del bien, características y naturaleza de los bienes que pueden ser afectados, alcance y tipos de afectación, trámite administrativo y/o judicial, sujetos beneficiarios y extensión del beneficio, entre algunos de los temas más relevantes. En este tema fue muy valiosa la tarea realizada por el señor Guillermo Federico Campbell Gargiulo, que efectuó una «búsqueda exhaustiva de antecedentes legislativos en el derecho de Iberoamérica, como también de antecedentes doctrinarios.

Con relación a los integrantes del Instituto, han asistido regularmente: Christian Guillermo Sommer, Eduardo Sánchez, Guillermo Federico Campbell Gargiulo (secretario).

Agradeciendo la atención que se dispense a este informe saludo al señor presidente con mi mayor consideración.

*Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*  
*Director del Instituto de Derecho Comparado*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE LA EMPRESA

La labor del Instituto de la Empresa se desarrolló normalmente, en parte con la colaboración: a) 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 el Prof. Dr. Francisco Junyent Bas, b) de la Sala de Derecho de Empresa del Instituto de Estudios del Colegio de Escribanos de Córdoba, que dirige el Prof. Pablo Javier Rodríguez, y c) particularmente con la capacidad organizativa de la Fundación para el Estudio de la Empresa (FESPRESA) cuyo Consejo preside el Prof. Cr. José María Rodríguez Pardina, con organización independiente que ha permitido y permite la realización de actividades conjuntas.

\* La actividad del Instituto se centró en investigaciones jurídicas, encuentros de análisis y colaboración en la realización de eventos, tales como el V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa a realizarse en Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 22 al 25 de septiembre del 2004; XI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, a realizarse en Corrientes durante el 9 y 10 de junio del año próximo. También se colaboró para el Congreso de la Insolvencia y de Derecho Concursal, realizado en el curso del año en Mar del Plata y en la preparación del de Rosario 2006. Específicamente tomamos intervención en las *Jornadas Preparatorias del IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán, 2 y 3 de mayo de 2003 sobre “Responsabilidad de los directores en la ley de sociedades” e “Impacto de la pesificación en las cuestiones societarias”.

Las investigaciones promovidas desde el Instituto, culminaron en las siguientes publicaciones colectivas e individuales:

- *Sociedad de responsabilidad limitada, libro colectivo in memoriam de Fidel Carlos Rodríguez*, bajo nuestra dirección y coordinación de Solange Jure Ramos y Pablo Javier Rodríguez, Córdoba, Advocatus, 2003.

- *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, Actas del Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Mercatura Colección Estudios de Derecho Mercantil N° 13, Granada, Comares, 2003.

- “Prevención de la crisis, responsabilidad y salvataje empresario”, en pág. 707, t. II, *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

- “En torno a la responsabilidad de bancos extranjeros y la ley 25.738 que pareciera acotarla”, en L.L. del 11/11/03, pág. 1.

- “Los administradores societarios y la insolvencia”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 203, Buenos Aires, septiembre 2003, págs. 553 a 586.

- “Meditaciones sobre la responsabilidad de administrador de sociedad por insolvencia”, en *Anuario VII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 161 y ss..

- “Responsabilidad de administradores societarios” en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley, año V, N° II, marzo-abril de 2003, pág. 31, doctrina esencial.

- “El administrador societario y la insolvencia” en Gaceta Judicial, año 7 N° 153, 28 de febrero al 14 de marzo de 2003, Santo Domingo, República Dominicana, pág. 36 y ss..

- “La acción social de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la justicia”, en E.D. del 16/4/03, nota a fallo, pág. 1.

- “Las acciones de sociedades anónimas”, en *Sociedades*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, págs. 275 a 322.

- “La actuación de sociedades constituidas en el extranjero (a propósito de la resolución 7/03 de la Inspección General de Justicia)”, en E.D. del 9/10/03.

- “La acción social de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la justicia” en Revista de las Sociedades y Concursos N° 20,

Buenos Aires, Ad-Hoc, enero-febrero, 2003 pág. 77, Sección de Jurisprudencia comentada.

- “En torno a la responsabilidad de los profesionales en las Ciencias Económicas”, en libro colectivo para las 1<sup>as</sup>. Jornadas sobre “Responsabilidad del profesional en Ciencias Económicas en el ejercicio de su profesión” organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Córdoba, pág. 141.

- “Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia”, en libro colectivo para el Segundo Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, pág. 118: “Las sociedades comerciales, los administradores y los socios”.

- “Tempestividad en la presentación en concurso”, comunicación a las X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Tanti 11/12 de septiembre de 2003.

- “La desviación de la empresa y el concurso de empresas con autorización estatal de funcionamiento (financieras o aseguradoras)”, en Libro Colectivo en Homenaje al Dr. Mosso, Revista Derecho y Economía de la Universidad Austral de Rosario.

- *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, abril 2002, Buenos Aires, Errepar, t. XVI, pág. 313.

- “Proceso concursal oportuno” en cuadernillo de J.A. sobre concursos dirigido por Francisco Junyent Bas y Carlos Molina Sandoval.

Desde el Instituto se promovieron publicaciones en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>:

- Actuación financiera d/e sociedad extranjera.
- Ante la crisis: volver la corazón del derecho comercial.
- Artículos 46 y 52 ley 24.522 en versión ley 25.589. La propuesta heterónoma y nuevas “variantes” (¿un juego de ajedrez?).
- Asistematicidad de la reforma concursal.
- Concursos.
- Conveniencia del registro del cheque de pago diferido.
- Daños causados por la actividad comercial. Específicamente por insolvencia.
- Derecho y economía, el desafío del siglo XXI.
- Deuda externa - Derecho de los deudores.



- Deuda externa.
- El art. 48 de la ley 24.522 ref. por la ley 25.589. La propuesta heterónoma nuevas y “variantes”.
  - El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera.
  - El viejo corazón del derecho concursal.
  - El viejo corazón del sistema financiero.
  - Emergencia económica y seguridad jurídica (Congreso “La culpa en el derecho laboral”).
  - Empresas aseguradoras o bancarias - Concurso.
  - En torno a las responsabilidades de los profesionales en las ciencias económicas.
  - Ensayo en torno a la buena fe e insolvencia societaria.
  - Globalización económica y lex mercatoria.
  - Gobierno y administración disoluta de sociedad y generación de importante doctrina judicial.
  - Ineficacia de los pagos en efectivo mayores a \$10.000 (pague en cuotas diarias de \$ 10.000?) el cheque cancelatorio.
  - La crisis bancaria ¿Algún responsable?
  - La crisis financiera argentina.
  - La desviación de la empresa y el concurso de empresas con autorización estatal de funcionamiento (financieras o aseguradoras).
  - La ineficacia de la ley concursal.
  - La mundialización financiera.
  - Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades.
  - La protección de los ahorristas en la crisis financiera (en torno al fallo N° 509 del 27/8/02 en Expte. 49-F-02 - “Funes, Lylian Elsa c/ P.E.N. y Otro - Amparo” - Juzgado Federal N° 2 de Córdoba).
  - La sociedad comercial en el siglo XXI.
  - La sociedad en dificultad. La experiencia argentina.
  - La solución rápida a los conflictos arbitraje y mediación. El retorno al corazón del derecho mercantil.
  - Los arts. 43, 48 y 52 de la ley 24.522: una mezcla explosiva.
  - Pérdida del capital social en la emergencia económica.
  - Personalidad jurídica. Inoponibilidad.
  - “Realidad, economía y derecho”, trabajo presentado en la XV Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias

Sociales de Buenos Aires y Córdoba, 2003, versión completa. “Realidad, economía y derecho”, desgrabación en 13 páginas de la presentación oral que hizo en intervención en la XV Reunión conjunta.

- Responsabilidad bancaria.
- Responsabilidad de administradores societarios.
- Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra.
- Responsabilidad financiera de la matriz extranjera.
- Situación del sistema bancario en Argentina.
- Situación y responsabilidad del sistema financiero.
- Tempestividad en la presentación en concurso.
- Tiempos nuevos y viejas cuestiones: deuda externa. La crisis financiera argentina.
- Unión Transitoria de Empresas ¿sujeto de derechos? (en torno a un curioso fallo de la C.S.J.N.).

- La actividad conjunta central con el indicado Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación y la Fundación para Estudio de la Empresa generó las X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Tanti, Sierras de Córdoba 11 y 12 de septiembre de 2003, con asistencia de más de 200 personas y la edición de un libro de comunicaciones de 700 páginas (ed. Advocatus), presentado antes de las Jornadas, cuya realización no hubiera sido posible sin el apoyo organizativo y económico de dicha Fundación. Se trataron dos temas: Medidas cautelares en juicios societarios y concursales y Tempestividad en la presentación en concurso (Soluciones concursales y societarias). También se dio un espacio para la presentación de trabajos realizados por profesores de Brasil referidos al Derecho Concursal Comparado. Asistieron profesionales de las Ciencias Jurídicas y Económicas de todo el país y de países vecinos.

De las X Jornadas surgió un seminario semipermanente electrónico, organizado por dicha Fundación para tratar aspectos sobre el bien jurídico tutelado en la legislación concursal y tempestividad para la presentación en concurso; conforme a ello se resolvió abrir un seminario a distancia, donde FESPRESA (con la colaboración de Konarion S.A.) presentaría la cuestión doctrinaria (de política jurídica) durante septiembre, la que se abriría al debate en los meses de octubre, para presentar poste-

riormente la síntesis, formalizándose las invitaciones, incluso a este Instituto, a través de la página electrónica: [www.fespresa.com.ar](http://www.fespresa.com.ar) y [www.webcongreso.net](http://www.webcongreso.net)

A su vez, el Instituto realizó las siguientes reuniones conjuntas con Fundación para el Estudio de la Empresa, acercando a la comunidad jurídica-económico-empresarial de Córdoba los temas de actualidad y desarrollar el espíritu de estudio de los profesionales del derecho y las ciencias económicas de nuestro medio, contando con la presencia de destacadas visitas como la del Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo -miembro correspondiente de la Academia en España- que nos visitó para tratar el tema: *“Insolvencia societaria. Responsabilidad de administradores por presentación tardía en concurso”*.

<b>Reunión</b>	<b>TITULO</b>	<b>FECHA</b>	<b>RELATOR</b>
Nº 5	El abuso del fideicomiso y los derechos de terceros	20/03/2003	Gustavo Alejandro Bono
Nº 6	Fideicomiso en los procesos concursales	24/4/2003	Luisa Isabel Borgarello
Nº 7	Fideicomiso y liquidación de entidades financieras	22/5/2003	Pablo Fernández Saiz
Nº 8	Insolvencia societaria. Responsabilidad de administradores por presentación tardía en concurso	4/6/2003	Prof. Dr. Jose Miguel Embid Irujo
Nº 9	Efectos del acuerdo preventivo extrajudicial	26/6/2003	Francisco Junyent Bas
Nº 10	Personalidad impositiva de la UTE y cesión de crédito fiscal (en torno a fallo de la SCJN)	28/8/2003	Héctor B. Villegas - Gabriel A. Rubio
Nº 11	Al fin y al cabo, ¿qué es la empresa?	25/9/2003	Carlos H. Gigena Sasia
Nº 12	Efectos del concurso preventivo sobre cheque y cuenta corriente bancaria	16/10/2003	Flavio Orlando Ruzzón
Nº 13	Medidas precautorias y los procesos concursales	20/11/2003	Vicente Aznar

- La dirección del Instituto fue voz externa en la Reunión Nacional Extraordinaria de Autoridades de Control de Personas Jurídicas y Registro Público de Comercio, Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2003, único invitado externo a esas organizaciones para exponer sobre el marco jurídico de la actuación de sociedades extranjeras en nuestro país en la sesión académica de apertura del 19 de noviembre a las 15,30.

- Se ha mantenido una intensa labor de intercambio y extensión institucional en el extranjero:

- Seminario “Derecho Societario y de la Empresa”, 28 y 29 de marzo de 2003, Santo Domingo, República Dominicana, organizado por la Gaceta Judicial, asumiendo dos conferencias debates “La sociedad comercial del siglo XXI” como apertura, y como clausura “La sociedad en dificultad: la experiencia argentina”.

- II Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, Iguazú, 12 y 13 de junio de 2003, participante, panelista.

*Efraín Hugo Richard*  
*Director*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE FEDERALISMO

1. Distribución de 350 ejemplares de Cuaderno de Federalismo XVI.
2. Propuesta y otorgamiento por la Academia del Premio Provincias Unidas al Consejo Empresario Mendocino por sus estudios económicos
3. Concurso de monografías sobre región convocado juntamente con la filial Córdoba del Consejo Argentino para las relaciones Internacionales (CARI) y el Instituto Argentino Chileno de Cultura. Se otorgó una mención.
4. Se emiten dos declaraciones de los Institutos de Federalismo de Córdoba y Buenos Aires. Se difunden en la página web de la Academia. Una es sobre coparticipación y la segunda sobre reelecciones.

5. Se reúne la Jornada de Reflexión sobre Federalismo en la Academia (11/6).

6. Auspicia el «Encuentro 2003», de especialistas en régimen municipal de la Universidad de Morón (3/10).

7. Auspicio al Foro de Juristas de San Martín de los Andes sobre la comunidad mapuche (11/03).

8. Se reúne la Jornada de Reflexión sobre Ambiente y emite una declaración «Su ciudad, no suciedad», que se difunde.

9. Se emite dictamen sobre las monografías presentadas sobre «La ley general del ambiente», convocado por este Instituto y el de Política Ambiental de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, con nueve trabajos presentados.

10. Se realiza el 8 de octubre el acto del Instituto en que el Dr. Alberto Novillo Saravia diserta sobre «Artigas y el federalismo argentino» y se entrega el Premio al Mérito Federal al Prof. Federico Robledo.

11. En el Tribunal Superior de Justicia de Tierra del Fuego y con la presencia de sus miembros y funcionarios, el director entrega el Premio Eco-Córdoba a Graciela Ramacciotti, presidenta de la Fundación Finis Terrae, por haber evitado la tala del bosque nativo.

12. En Mendoza, en el Colegio de Abogados, el director entrega el Premio Provincias Unidas al Consejo Empresario por sus estudios sobre Mendoza.

*Pedro J. Frías*

*Director*

\*

## MEMORIA DEL INSTITUTO DE EDUCACIÓN

Como consta en los informes de años anteriores, 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 de Córdoba. En la continuidad de dicho programa, el director del Instituto, planificó y dirigió el presente año ocho seminarios integrados en este programa

## **Programa de Perfeccionamiento de Investigadores en la Enseñanza del Derecho (2003)**

Se ha cumplido con el objetivo del programa y con las actividades previstas.

### 1. Objetivos del Programa:

- Ofrecer un espacio para la reflexión y análisis de los problemas actuales vinculados con la enseñanza, para lograr la transformación del derecho y su práctica. Para ello se identificaron los temas estratégicos que permitieran satisfacer las necesidades de perfeccionamiento docente y la formación de recursos humanos para la docencia y la investigación .

- Lograr que las innovaciones pedagógicas que surgieran a partir de este análisis descendieran al aula en provecho de la formación de los alumnos.

### 2. Tema del Programa:

El tema elegido este año fue «Las principales cuestiones del derecho y su enseñanza en una sociedad en transformación»

### 3. Objetivos de los Seminarios:

- Identificar las cuestiones fundamentales y actuales que hacen a la identidad de las disciplinas incluidas en el Programa con el objeto de hacer un aporte a la caracterización del campo disciplinar. Y especialmente para contribuir a la selección de los problemas y definir las prioridades de lo que se acota y determina para su enseñanza en las asignaturas correspondientes y como un manera de perfeccionar la fundamentación y la justificación de las decisiones pedagógicas.

- Esta investigación y reflexión de las cuestiones fundamentales que hacen a la identidad de cada disciplina se entendió como una etapa necesaria para dejar atrás una concepción estática de las disciplinas, revisar la naturaleza de los conocimientos específicos, imprimir una nueva dinámica a las estructuras del conocimiento y realizar una tarea de apertura a la interdisciplinariedad.

### 4. Estructura y áreas del Programa. Seminarios. Coordinadores

Se desarrollaron los seminarios correspondientes a las siguientes áreas:

- Constitucional: coordinador, Prof. Guillermo Barrera Buteler.
- Internacional Público: coordinadora, Prof. Zlata Drnas de Clément.

- Internacional Privado: coordinadora, Prof. Amalia Uriondo de Martinoli.

- Comercial: coordinador, Prof. Efraín Hugo Richard.
- Civil: coordinador, Prof. Manuel Cornet.
- Penal: coordinadores, Prof. Carlos Lascano y Prof. Luis Bonetto.
- Economía Política: coordinador, Prof. Sergio Guestrin.
- Historia del Derecho: coordinadores, Prof. Ramón P. Yanzi Ferreira y Prof. Marcela Aspell.

#### 5. Expositores:

- Constitucional: Prof. Guillermo Barrera Buteler, Magdalena Alvarez, Norma Bonifacino, Andrea Lucas Garín, José Luis Pérez Corti, Marcelo Salomón, Gustavo Rodríguez (23, 30 de abril y 7 de mayo).

- Internacional Público: Prof. Susana Sartori, Gloria Rosenberg, Arturo Pagliari, María Cristina Rodríguez de Taborda, María Alejandra Sticca, Fanny Peralta (14, 21 y 28 de mayo).

- Internacional Privado: Prof. Amalia Uriondo de Martinoli, Myriam Lucero, Nidia Mondino de Reinaldi, Luis Pereyra, Cecilia Azar, Andrea Ferreira (4, 11 y 18 de junio).

- Penal: Prof. Carlos Lascano, Eduardo Valdés, Fabián Balcarce, Enrique Buteler, Ana María Cortés de Arabia (25 de junio; 2 y 30 de julio).

- Comercial: Prof. Efraín Hugo Richard, María Cristina Mercado de Sala, Francisco Junyent (6, 13 y 20 de agosto).

- Civil: Prof. Manuel Cornet, Gustavo Bono, Gabriel Rubio (27 de agosto; 3 y 10 de septiembre).

- Economía Política: Prof. Sergio Guestrin, Carlos Aguirre, Guillermo Pizarro, Rubens Gionco, Alejandro Gómez del Río, Adriana Albhori, Ema Mini (17 y 24 de septiembre; y 1º de octubre).

- Historia del Derecho: Prof. Ramón P. Yanzi Ferreira, Marcela Aspell, Esteban Llamosas, Susana Esther Borgarello, Luis Zarazaga, Javier Giletta, Jacqueline Vasallo, Emilio Baquero Lascano, Claude Haydéé Bernhardt.

#### 6. Reuniones preparatorias:

Se cumplieron reuniones preparatorias en las que se analizaron las cuestiones a presentar en las sesiones semanales. Fueron de gran provecho por la fecundidad de los diálogos y el interés puesto en evidencia en la discusión de la problemática de la identidad de las disciplinas.

7. Publicación:

La Academia ha publicado el libro de mi autoría *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Se distribuyeron ejemplares del libro a cada uno de los expositores de los seminarios de este año

*Fernando Martínez Paz*  
*Director*



## **MEMORIA DE LA BIBLIOTECA**



## MEMORIA DE LA BIBLIOTECA «ALFREDO POVIÑA»

La Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba reúne en la actualidad un total de 3.547 libros ubicados en sus distintas secciones: Biblioteca de Académicos; Biblioteca Pedro León; Biblioteca general y Bibliotecas de Institutos: Educación, Federalismo e Historia del Derecho y las Ideas Políticas. Posee 1.300 folletos o separatas. 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 294 títulos de publicaciones periódicas que se reciben desde Europa, Asia, América y de otras provincias argentinas. La hemeroteca está ubicada en la planta alta: en la Sala Pedro León se encuentran las publicaciones periódicas de Europa y América; en la sala contigua las de Argentina.

Los académicos pueden conocer las nuevas publicaciones ya que periódicamente se les presenta la nómina de ellas.

Durante el presente año la Biblioteca permaneció cerrada los meses de refacción de la casa, razón por la cual las consultas han disminuido respecto del año anterior. Se han registrado 95 consultas, la mayor parte corresponden a libros y documentos del Instituto de Federalismo, pero también se han referido a: libros de académicos, Alberdi, la Constitución Nacional y temas de derecho comparado.

En la actualidad, se ubican con comodidad todos los libros y revistas, pues existen estanterías y muebles apropiados, luego de la importante obra realizada en la sede.

*Lic. Matilde Tagle*  
*Bibliotecaria*



**MEMORIA DE LA ACADEMIA  
Y BALANCE**



## MEMORIA DE LA ACADEMIA - Año 2002

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 12 de marzo, oportunidad en la que se leyeron, trataron y aprobaron la Memoria y Balance de Rendición de Cuentas del ejercicio 2001. Dichos instrumentos, conformados por la Academia, fueron remitidos al Ministerio de Educación a la Unidad de Auditoría Interna y al Departamento de Rendiciones de Cuentas y Balances.

### **II. Homenaje Sesquicentenario de las *Bases* de Juan Bautista Alberdi**

La principal tarea de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en el curso del año 2002, giró en torno a los homenajes que se rindieron a Juan Bautista Alberdi con motivo del Sesquicentenario de las *Bases*. La Academia declaró el año 2002 “*AÑO ALBERDIANO*”.

El 1º de mayo del año 2002 se cumplió el sesquicentenario del libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la Repú-*

*blica Argentina derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sud*, de Juan Bautista Alberdi.

La Institución realizó una reedición de las *Bases* con introducción del Dr. Olsen A. Ghirardi.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba junto con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba celebró el fasto con la realización de las *Jornadas Nacionales sobre Juan Bautista Alberdi y su obra en el Sesquicentenario de las Bases*, los días 2 y 3 de mayo del año que trata esta memoria. El acto central de las Jornadas se desarrolló el 2 de mayo a partir de las 11 horas en el Salón de Grados de la Universidad Nacional de Córdoba, presidido por el Sr. rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor Ing. Jorge González. Lo acompañaron el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira; la señora ministro de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dra. Susana Gallo, en representación del Sr. gobernador de la Provincia de Córdoba; el Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen A. Ghirardi, el Sr. presidente de la Academia Nacional de la Historia, Dr. Miguel Ángel De Marco; el Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Horacio García Belsunce; el Sr. presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías. Se encontraron presentes el Sr. director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Dr. Víctor Tau Anzoátegui, la Sra. Etelvina Furt, el Sr. Ricardo Rodríguez, la Sra. Isabella Furt, la Sra. presidenta de la Junta Provincial de Historia de Córdoba Dra. María Cristina Vera de Flachs, el Sr. presidente del Colegio de Abogados de Córdoba Dr. Enzo Dante Stivala, el Sr. presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, Dr. Alberto Maiztegui, el Sr. presidente de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba, Dr. Alfredo Martínez Marull, académicos de la Academia Nacional de la Historia y público en general. En la oportunidad hicieron uso de la palabra el Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira y quien suscribe. El suscrito entregó ejemplares de la reedición de las *Bases* a las autoridades presentes y pronunció la conferencia central de las Jornadas sobre el tema “Alberdi y Story”. En el Salón Dalmacio Vélez Sársfield se llevaron a cabo dos paneles. El primer panel estuvo integrado por los Dres. Pedro J. Frías, Dardo Pérez Guilhou, Fernando Segovia y Jorge Reinaldo Vanossi, el moderador fue el Dr. Antonio María



Hernández. En el segundo panel participaron los Dres. Ricardo Haro, Miguel Ángel de Marco, Víctor Tau Anzoátegui y Carlos Páez de la Torre, el moderador fue el Dr. Alberto Zarza Mensaque.

La Academia editó el libro *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, en la obra participaron académicos de número y correspondientes (argentinos y extranjeros), y se recibieron trabajos de estudiosos y profesores universitarios del país y el exterior. El acto de presentación del libro se realizó el 29 de agosto, fecha en la que se conmemora el natalicio del prócer y el Día del Abogado, en el Salón de los Pasos Perdidos del Palacio de Tribunales. Se adhirió al acto el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba. Hicieron uso de la palabra el Sr. decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, el presidente del Colegio de Abogados de Córdoba Dr. Enzo Stivala y el Sr. vocal del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba Dr. Domingo Sesin. El infrascrito presentó el libro *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, pronunció una conferencia sobre el tema “Alberdi y las Bases” e hizo entrega de la obra a las autoridades presentes.

El infrascrito fue invitado a realizar disertaciones en actos que se realizaron en homenaje a Juan Bautista Alberdi en diversas ciudades del país, lo cual se detalla en otros apartados.

### **III. Personalidad jurídica de la Academia**

Se solicitó a la Sra. secretaria de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dra. María Marta Cáceres de Bollati que se reconozca la personalidad jurídica de nuestra Academia, que la ostenta según lo dispuesto por el decreto 99403/41, el decreto 6013/56 y el decreto ley 4362/55.

Conforme al dictamen del Dr. Ramón Sarría, que se expidió sobre la posibilidad de hacer efectivo el requerimiento presentado ante la Inspección de Personas Jurídicas, el cuerpo en sesión especial convocada en los términos del art. 26 de los Estatutos decidió unánimemente someterse al contralor de la autoridad de aplicación y reformar sus Estatutos.

La Inspección de Personas Jurídicas en la Resolución N° 232 de fecha 22 de junio de 2002 reconoció la personalidad jurídica de la Academia y habilitó un registro de la corporación.

#### **IV. Declaración de la Academia**

En sesión ordinaria de 9 de abril se aprobó por unanimidad una declaración sobre la crisis que afecta a la Nación Argentina. Se le dio amplia difusión en los medios masivos de comunicación y en las revistas jurídicas.

El texto de la declaración es el siguiente:

#### **“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 representación 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 dimanen 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 tanto, públicamente, que se destierren para siempre de la República, toda forma de corrupción; todos los privilegios, 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*

## V. Exposiciones de académicos de número

En el curso del año académico 2002, 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 23 de abril: “La función administrativa”, por Julio I. Altamira Gigena.

2) Reunión del 7 de mayo: “Inconstitucionalidad del corralito financiero”, por Antonio María Hernández.

3) Reunión del 21 de mayo: “La solución de controversias en el Mercosur”, por Ernesto Rey Caro.

4) Reunión del 18 de junio: “La americanización del derecho”, por Olsen A. Ghirardi.

5) Reunión del 2 de julio: “La situación actual del sistema bancario”, por Efraín Hugo Richard.

6) Reunión del 23 de julio: “La media palabra presidencial para la gobernación de Córdoba”, por Pedro J. Frías.

7) Reunión del 6 de agosto: “El Dr. Vélez Sársfield alegando en una causa penal. La defensa de los Yañez”, por Humberto Vázquez.

8) Reunión del 17 de septiembre: “Acuerdo con Australia para el uso pacífico de la energía nuclear”, por Alberto Pascual Maiztegui, Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba.

9) Reunión del 5 de noviembre: “*Asistematicidad* de la reforma concursal”, por Efraín Hugo Richard

Las exposiciones culminaron siempre con la participación y comentario del tema desarrollado por parte de los miembros presentes.

## VI. Designación de nuevos académicos

a) *Académicos correspondientes*: En la sesión ordinaria del 12 de marzo se designó académico correspondiente en Chile al Dr. Sergio Martínez Baeza.

## VII. Recepción de académicos correspondientes

### a) *Extranjeros*

1) En sesión especial del 24 de septiembre realizó su acto de recepción como académico correspondiente en España, el Dr. Francisco Fernández Segado. Presentado por el Dr. Ricardo Haro, el Dr. Fernández Segado disertó sobre “La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI”.

2) En sesión especial del 8 de octubre se incorporó el académico correspondiente en Chile Dr. Sergio Martínez Baeza, siendo saludado por el presidente honorario Dr. Pedro J. Frías. El académico correspondiente pronunció su conferencia sobre el tema “Escuela chilena de historia del derecho: aportes y desarrollo”.

3) El 22 de octubre, en sesión especial y pública realizó su acto de recepción, el académico correspondiente en España Dr. Jaime Lluís y Navas, quien fuera presentado por el presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés. El Dr. Jaime Lluís y Navas disertó sobre “El sistema jurídico de la Unión Europea”.

## VIII. Premios, concursos, distinciones

### a) *Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, tesis sobresalientes 2002”*

En sesión de 20 de agosto se hizo entrega del Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, tesis sobresalientes 2002” a los Dres. Ezequiel Abásolo por su trabajo “El derecho penal militar en la historia argentina”; a Fabián I. Balcarce por su tesis “Medidas limitativas a la libertad individual en el proceso penal” y a José Luis Martínez Peroni por su obra “Krausismo y representación política”.

### b) *Premio “Concurso Monografías jurídicas 2002”*

En sesión del 19 de noviembre se procedió a la entrega de este premio, que fuera adjudicado al Ab. Jorge Oscar Orgaz. En la oportunidad abrió el acto esta presidencia y pronunció unas palabras el Dr. Pedro J. Frías, agradeciendo luego el beneficiario la distinción que había recibido. El tema del concurso fue “Las Bases de Alberdi y la realidad actual de la República Argentina. Lo cumplido y lo incumplido”.

### *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.

1) Premio al Mérito Federal: Este reconocimiento, que se otorga a propuesta del director del Instituto del Federalismo, fue adjudicado a la Dra. Consuelo Parmigiani de Barbará por el libro de su autoría, *Estado, sociedad y región*.

2) Premio Eco-Córdoba: Esta distinción, en su edición 2002, fue acordada a la Facultad de Arquitectura de la Universidad Católica de Salta. Esta facultad proyectó y concluyó un grupo de viviendas ecológicas.

## **IX. Consejo de la Magistratura**

El 29 de octubre el pleno aceptó la renuncia de los miembros del Consejo de la Magistratura que representaban a la Institución. El consejero titular Dr. Humberto Vázquez, y los consejeros suplentes Dres. Daniel Pablo Carrera y Olsen A. Ghirardi expresaron que el motivo de la renuncias fue la sanción de un proyecto del Poder Ejecutivo que ha enervado sus facultades. El cuerpo se solidarizó con las razones de las renuncias.

El miércoles 13 de noviembre, esta presidencia asistió a la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura de Córdoba, sostuvo que no debían cercenarse las facultades del Consejo de la Magistratura ni suspenderse su función. Además, sostuvo que debía consolidarse la institución y otorgarle jerarquía constitucional. Al respecto, expuso seis pautas.

## **X. Otras actividades**

Son dignas de destacarse:

1) El infrascrito, debido al alcance multiplicador en todo el país de las celebraciones de la Academia con motivo del “Año Alberdiano”, fue invitado por diversas instituciones del país a pronunciar conferencias so-

bre el t3pico. El viernes 5 de abril en el Colegio de Abogados de San Francisco pronunci3 una conferencia sobre el tema: “Las Bases de Alberdi y el derecho”. Invitado por la Asociaci3n de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el jueves 18 de abril realiz3 una exposici3n sobre: “Alberdi, hoy”. El 19 de abril en Radio Cultura de la Capital Federal, en la audici3n de Debate Ciudadano disert3 sobre “Alberdi y la realidad nacional”. En la Universidad de Mor3n, el 17 de mayo expuso sobre el t3pico “Alberdi y las *Bases*”. El 21 de junio en el Acto en Homenaje al Dr. Smith y al Sesquicentenario de las “*Bases*”, en la reuni3n de la Escuela de Filosofía Pr3ctica de La Plata, desarroll3 el tema: “El Sal3n Literario y las *Bases*”. El 6 de septiembre en la Universidad Nacional del Litoral, en el acto de apertura del Congreso Agrario expuso sobre el tema: “La tierra, el trabajo y el hombre” y en el acto en homenaje a Alberdi desarroll3 una conferencia sobre: “El sesquicentenario de las *Bases*”. El 19 de septiembre en la Universidad Nacional de La Rioja disert3 sobre: “El Sal3n Literario y las *Bases*”. En la Universidad Nacional de Tucum3n, en la Facultad de Derecho, el día 4 de octubre en un acto en homenaje al pr3cer pronunci3 una conferencia sobre el tema: “El Sal3n Literario y las *Bases*”. En la Universidad Cat3lica de C3rdoba, en la Facultad de Derecho, el 11 de octubre expuso sobre el t3pico: “El Sal3n Literario y la *Bases*”.

2) El infrascrito pronunci3 una conferencia sobre el tema: “El Consejo de la Magistratura. Seis pautas para su consolidaci3n” en el Instituto de Estudios jur3dicos del Colegio de Abogados de C3rdoba.

3) El Dr. Ernesto Rey Caro pronunci3 la Conferencia Inaugural del Foro “Espacio Jur3dico Iberoamericano: Realizaciones y propuestas” organizado en España por la Casa de Am3rica y la Secretaría de Cooperaci3n Iberoamericana y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Asimismo, realiz3 exposiciones en la Facultad de Ciencias Jur3dicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, en el XIV Master en Relaciones Internacionales del Instituto Universitario Ortega y Gasset de Madrid, en la Universidad de Ciencias Jur3dicas y Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid, en el Master en Derecho de la Uni3n Europea de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, en la Facultad de Derecho de la Universidad de C3rdoba, y en el Curso de Postgrado sobre Derecho Comunitario Europeo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

4) El Dr. Eduardo Fanzolato viajó a Uruguayana para asistir en la sede de la Universidad Pontificia de Puerto Alegre a la constitución de la Asociación de Derecho Privado Comparado del Mercosur. El 17 de septiembre el Dr. Fanzolato viajó a Cuba para asistir la Congreso Mundial de Derecho de Familia que se realizó en La Habana.

5) El Dr. Ricardo Haro en Uruguay, el 11 de julio disertó sobre “El pensamiento de Juan Bautista Alberdi en las *Bases*”, en la Jornada Alberdiana organizada por el Instituto Cultural Uruguayo-Argentino y la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en la ciudad de Montevideo. En la oportunidad, el Dr. Haro se refirió a la labor de nuestra Academia y entregó en donación al decano de la Facultad de Derecho mencionada, Dr. Alejandro Abal Oliú las obras publicadas por nuestra Institución.

6) El Dr. Víctor Martínez asistió en representación de la Institución a una reunión convocada por la Academia Nacional de Ciencias. En la ocasión hizo un comentario verbal y se le pidió insistentemente que efectúe un informe escrito. El Dr. Martínez preparó un dictamen por escrito, que era su opinión personal, y lo envió inmediatamente a esta Academia.

7) El Dr. Julio I. Altamira Gigena el 17 de octubre disertó en la ciudad de San Juan sobre el tema “El control judicial de la actividad administrativa en la Provincia de Córdoba” con motivo de haber sido invitado como expositor en las “VII Jornadas Sanjuaninas de Derecho Administrativo”, organizadas por el Instituto de Derecho Administrativo del Foro de Abogados de San Juan.

8) 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.

9) 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”.

10) La Mesa Directiva se reunió regularmente para tratar los problemas de la Academia y se labraron actas de sus sesiones.

11) El infrascrito asistió a la reunión de presidentes de Academias Nacionales con la ministra de Educación Dra. Graciela María Giannetassio, el 3 de diciembre.

12) El infrascrito asistió al encuentro con representantes de las Academias Nacionales convocado por la Comisión Episcopal de Fe y Cultura,



el 6 de mayo en la Sala de los Consejos de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

## **XI. Publicaciones de la Academia aparecidas en 2002**

Ha sido importante esta actividad. Baste con enumerar los volúmenes publicados y distribuidos; a saber:

- 1) *Anales* N° XL (actividad del período 2001).
- 2) *Cuaderno* N° XV del Instituto de Federalismo.
- 3) *Cuaderno* N° 12 del Instituto de Historia del Derecho.
- 4) *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, vol. V del Instituto de Filosofía del Derecho.
- 5) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista Alberdi con Introducción de Olsen A. Ghirardi.
- 6) *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, 2 tomos, obra colectiva.
- 7) *Krausismo y representación política en el pensamiento constitucional argentino*, Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield 2002”, de José Luis Martínez Peroni.
- 8) *Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield 2002”, Fabián I. Balcarce.
- 9) *El derecho penal militar en la historia argentina*, Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes 2002”, de Ezequiel Abásolo.

## **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. También nuestra aula fue cedida para actos que realizaron Foro de Córdoba, Caritas y el Instituto de Cultura Hispánica.

### **XIII. Informática**

Se adquirió una impresora láser debido a que la impresora que tenía la Academia dejó de funcionar. Se realizó mantenimiento en los equipos que la Academia posee.

### **XIV. Sitio web**

Se incorporó un vínculo hacia un sitio que realiza estadísticas de visitantes y funciona desde el 18 de julio del año que tratamos. Desde esa fecha la página electrónica de la Academia ha recibido 2700 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, África 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, los autores de los trabajos entre otros son el infrascrito, el Dr. Luis Moisset de Espanés, el Dr. Pedro J. Frías, el Dr. Daniel Pablo Carrera, el Dr. Armando S. Andruet. 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 Dr. Efraín Hugo Richard.

## **XV. 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, de Educación, de Derecho y Ciencias Sociales de Santa Fe, 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.

## **XVI. Homenaje sesquicentenario de la Constitución de 1853**

En el año 2003 se cumplirá el sesquicentenario de la Constitución de 1853.

El pleno de académicos ha decidido rendir homenaje a la Constitución Argentina y declarar *Año del sesquicentenario de la Constitución* el año 2003. 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.

## **XVII. Situación económica de la Academia**

Las partidas que la Academia recibe del Ministerio de Educación continuaron con el recorte del año 2001; en ese año se disminuyeron las remesas en un 13%, lo que dificulta las publicaciones y actividades programadas.

### **XVIII. Jornadas Médico Jurídicas sobre Minoridad y Delito**

Los días 12 y 13 de diciembre se realizaron en la sede de la Academia las Jornadas Médico Jurídicas sobre Minoridad y Delito, programadas por esta Academia y la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba. El Dr. Humberto Vázquez, representó a esta Institución y se ocupó de la organización.

### **IXX. Reformas del edificio de la Academia**

Se solicitó a dos grupos de arquitectos un proyecto para realizar el reciclaje del sector más antiguo del edificio.

Se iniciaron gestiones, a tales efectos, para obtener la libre disposición de los fondos de la Academia. El pleno resolvió en sesión del 3 de septiembre incoar acción de amparo para liberar los fondos atrapados por el corralito, se designó abogado de la Institución al Dr. Antonio María Hernández y a los Dres. Juan Manuel Aparicio y Ramón Daniel Pizarro para que lo asistan.

El 11 de septiembre, el abogado de la Academia, Dr. Antonio María Hernández, logró que el juez federal N° 1 de la ciudad de Córdoba, Dr. Bustos Fierro, librara el oficio para efectivizar la medida cautelar solicitada que puso a disposición de la Academia treinta mil dólares (U\$S 30.000). El Sr. presidente acompañado por el Sr. tesorero Dr. Efraín Hugo Richard y el abogado de la Academia, Dr. Antonio María Hernández, se presentaron en el Nuevo Banco del Suquía, y a las 13 horas se entregó la suma de dólares treinta mil que se depositó en caja de seguridad en el mismo banco.

El 23 de diciembre se reunió el pleno en sesión extraordinaria, el Sr. presidente explicó que se habían recibido dos proyectos para reciclar el sector izquierdo del edificio de los arquitectos Bianco y Arias y de los arquitectos Rodríguez y Daniele. Este último fue remitido al medio día de esa fecha. Por esa razón, la Mesa Directiva consideró el primer anteproyecto. El pleno aprobó por unanimidad el proyecto de los Arquitectos Bianco y Arias, y resolvió por unanimidad solicitar una nueva medida cautelar ante la justicia federal. El cuerpo otorgó facultades a la presidencia para llamar a concurso de precios para la ejecución del proyecto y para realizar la adjudicación.

El 30 diciembre, el juez libró oficio concediendo la medida cautelar que ordenaba al Banco de la Nación Argentina liberar treinta mil dólares (U\$ 30.000). El Sr. presidente y el Sr. tesorero se presentaron ante las autoridades del Banco y recibieron pesos ciento dos mil (\$ 102.000.000), que correspondían por el cambio de pesos tres con cuarenta por cada dólar, los que se depositaron en la cuenta corriente del Banco Nación.

## **XX. Concurso de precios y de calidad para publicaciones de la Academia**

Se convocó a concurso de precio y calidad a cuatro editoriales para las publicaciones de la corporación por el período 2003-2004. Sólo presentaron propuesta Advocatus y Alveroni. Se adjudicó a la primera por su mejor precio.

## **XXI. 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.

## **XXII. Corolario**

Señores académicos: he procurado cumplir de esta manera con el deber que me impone el art. 18 de nuestros Estatutos y solicito la aprobación de la Memoria, como también del Balance que se acompaña.

Córdoba, 3 de marzo de 2003.

*Ernesto Rey Caro*  
*Secretario*

*Olsen A. Ghirardi*  
*Presidente*



BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 2002  
(en pesos)

Ejercicio anual iniciado el 10 de enero de 2002, expresado en moneda constante (pesos) al 31 de diciembre de 2002, fecha de cierre del citado ejercicio.

ESTADO DE SITUACIÓN PATRIMONIAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 2002 (expresado en valores constantes)

---

**ACTIVOS**

---

ACTIVOS CORRIENTES

Caja y bancos (Nota 2)	171.336,29
Inversiones (Nota 3)	29.705,57

---

Total activos corrientes	201.041,86
--------------------------	------------

ACTIVOS NO CORRIENTES

Bienes de uso (Anexo)	206.081,40
-----------------------	------------

---

Total activos no corrientes	206.081,40
-----------------------------	------------

---

<b>TOTAL DEL ACTIVO</b>	<b>407.123,26</b>
-------------------------	-------------------

---

---

**PASIVOS**

---

**PASIVO CORRIENTE**

No existe	0,00
-----------	------

Total pasivo corriente	<hr/> 0,00
------------------------	------------

**PASIVOS NO CORRIENTES**

No existen	0
------------	---

Total pasivo no corriente	<hr/> 0
---------------------------	---------

TOTAL DEL PASIVO	0,00
------------------	------

PATRIMONIO NETO	407.123,26
-----------------	------------

TOTAL DEL PASIVO Y DEL PATRIMONIO NETO	407.123,26
--	------------

---

---

Certificación interpretada al 28 de febrero de 2003



**NOTAS A LOS ESTADOS CONTABLES DEL EJERCICIO  
FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2002**

*NOTA 1:* Normas contables aplicadas:

Las normas contables más relevante aplicadas por la Sociedad en los Estados Contables correspondientes al ejercicio que se informa fueron las siguientes:  
Exposición a los Estado Contables

En cumplimiento de la Res. N° 01/2002, se exponen los Estados contables en moneda homogénea, cumplimentando las normas contables profesionales vigentes.

Criterios de valuación: Los bienes de uso se valoraron a su costo incurrido reexpresado a moneda de cierre, menos las correspondientes amortizaciones acumuladas.

La amortización de bienes de uso es calculada por el método de línea recta, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de la vida útil estimada.

*NOTA 2:* Caja y Bancos

Caja Chica	2.543,73
Caja Moneda extranjera	59.165,40
Banco Suquía Caja de Ahorro	3.739,00
Banco Nación Argentina Cuenta corriente	105.888,16
	171.336,29

*NOTA 3:* Inversiones

Banco Suquía P. Fijo reprogramado	29.705,57
-----------------------------------	-----------

*NOTA 4:* Atendiendo a que existe un juicio de amparo por ante la Justicia Federal, se considera que la diferencia de cotización y el monto de inversiones pueden tener modificaciones según sea el resultado logrado en la sentencia. El monto reintegrado por la medida cautelar de dólares billetes estadounidenses treinta mil por el Nuevo Banco Suquía S.A., se consideró al cierre de ejercicio al valor original pesificado a \$ 1,40 más CER. Y atendiendo al monto de dólares treinta mil al cambio de \$ 3,40 que acreditara el Banco Nación Argentina, hemos considerado que no quedaría saldo pendiente del depósito a plazo fijo original en dicha institución.

Cuando se dicte sentencia se hará el ajuste definitivo que corresponda en ambos casos.

**ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO**  
Ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2002, valores constantes

RUBRO	TOTAL	PATRIMONIO SOCIAL	AJUSTE DE CAPITAL		RESULTADOS NO ASIGNADOS
Saldo al comienzo del ejercicio	200.082,03	131.020,37	69.061,66		
Resultado del ejercicio	-19.967,5				-19.967,5
R.E.I.	227.008,73		227.008,73		
Saldos al cierre del ejercicio	407.123,26	131.020,37	296.070,39	0	-19.967,50



## INGRESOS ANEXO IV

RUBROS	TOTAL
Aportes Tesorería Gral. de la Nación	154.710,95
Donaciones	3.033,48
Venta Publicaciones	919,73
	<hr/>
	158.664,16
	<hr/> <hr/>
OTROS INGRESOS:	
Intereses ganados	2.571,43
Diferencia de cotización	99.027,67
	<hr/>
	101.599,10

## EROGACIONES DEL EJERCICIO ANEXO III

RUBROS	Gastos de Funcionamiento \$
Sueldos	39.203,12
Servicios de terceros	20.280,66
Agua corriente y cloacas	378,37
Energía eléctrica	895,53
Gastos Generales	1.575,93
Publicaciones	33.883,51
Gasto Oficina	1.486,58
Gas	206,57
Gastos limpieza	1.694,12
Conservación edificio	184,38
Gastos movilidad y viajes	1.112,86
Teléfono e Internet	2.674,30
Seguros	1.077,84
Distribución de correspondencia	22.620,90
Gastos actos y representación	970,46
Comisiones y gastos bancarios	2.838,62
Impuesto inmobiliario	1.072,09
Cargas sociales	9.933,66
Repuestos y reparaciones	1.281,99
Honorarios	1.400,38
Gastos computación	871,92
Premios	984,32
Impresos y papelería	179,70
Refrigerios	758,97
Gastos transporte	606,24
Certificaciones y legales	495,58
Amortizaciones	9.221,64
	<u>157.890,24</u>

## BIENES DE USO - Valores constantes al 31 de diciembre de 2002

RUBROS	VALOR AL COMIENZO DEL EJERCICIO	AJUSTE	AUMENTOS DE CAPITAL	DISMINUCIONES	VALOR AL CIERRE DE EJERCICIO
Inmueble	4,83	290.247,07			290.251,90
Máquinas	12.964,77	15.243,01	2.445,50		30.653,28
Muebles y útiles	5.920,24	6.983,52			12.903,76
Equipos	9.726,28	11.473,12			21.199,40
	28.616,12	323.946,72	2.445,50	0,00	355.008,34

## BIENES DE USO - Valores constantes (continuación) al 31 de diciembre de 2002

RUBROS	ACUMULADAS AL COMIENZO DEL EJERCICIO	AJUSTE	BAJAS	DEL EJERCICIO		ACUMULADAS AL CIERRE DEL EJERCICIO	NETO
				ALIC	MONTO		
Inmueble	41.630,00	49.106,75			4.923,98	95.660,73	194.591,17
Máquinas	11.755,09	13.866,30			1.530,12	27.151,51	3.501,77
Muebles y útiles	3.967,37	4.679,91			647,60	9.294,88	3.608,88
Equipos	6.744,30	7.955,58			2.119,94	16819,82	4.379,58
	64.096,76	75.608,54	0,00		9.221,64	148.926,94	206.081,40

## ESTADO DE ORIGEN Y APLICACIÓN DE FONDOS

	EJERCICIO FINALIZADO EL	
	31/12/2001	31/12/2002
<b>VARIACION DE FONDOS</b>		
Fondos al inicio del ejercicio	94.403,08	102.399,99
Disminución de fondos		
Aumento de fondos	7.996,91	98.641,87
	<hr/>	
Fondos al cierre del ejercicio	102.399,99	201.041,86
<b>CAUSAS DE VARIACIÓN DE FONDOS</b>		
Aportes Tes. Gral. de la Nación	128.611,29	125.504,81
Venta publicaciones		880,00
Aporte especial Banco Suquía	2.000,00	2.000,00
Otros ingresos ordinarios cobrados	6.409,00	100.608,37
Otros egresos ordinarios pagados	-126.574,58	-127.905,81
	<hr/>	
	10.445,71	101.087,37
Adquisición bienes de uso	-325,00	-2.445,50
Pago deudas a corto plazo	-2.123,80	
	<hr/>	
<b>Variación de fondos</b>	<b>7.996,91</b>	<b>98.641,87</b>
	<hr/> <hr/>	



## INFORME DEL AUDITOR

Señor presidente y miembros de la  
Honorable Comisión Directiva de la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
Artigas 74 - Córdoba

En mi carácter de contador público independiente, informo sobre la Auditoría que he realizado de los Estados Contables de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba detallados en el apartado 1 siguiente:

### I. ESTADOS AUDITADOS

Estados contables en moneda homogénea:

a. Estado de Situación Patrimonial al 31 de diciembre de 2002 en pesos:

ACTIVO	407.123,26
PASIVO	( 0,00)
PATRIMONIO NETO	407,123,26

b. Estado de Resultados por el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002

Ingresos	158.664,16
Gastos de funcionamiento	(157.890,24)
Otros ingresos	101.599,10
Resultado por exposición a la inflación	(122.340,52)
RESULTADO DEL EJERCICIO	(19.967,50)

c. Estado de evolución del patrimonio neto por el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002.

d. Estado de origen y aplicación de fondos al 31 de diciembre de 2002.

## II. ALCANCES DE LA AUDITORÍA

He realizado el examen de la información contenida en los estados indicados en el apartado 1 de acuerdo con las normas de auditoría aprobadas por la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas. En cumplimiento de la Res. N° 01/2002 la sociedad expone los estados contables en moneda homogénea, en cumplimiento con las normas contables vigentes.

## III. DICTAMEN

En mi opinión los mencionados Estados Contables presentan razonablemente la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al 31 de diciembre de 2002 , los resultados del ejercicio y la evolución del patrimonio neto, por el ejercicio finalizado a esa fecha de acuerdo con las normas contables profesionales.

## IV. INFORMACIÓN ESPECIAL REQUERIDA POR DISPOSICIONES VIGENTES

Los Estados Contables detallados en el punto I que surgen de registros contables han sido llevados de conformidad con los requisitos formales exigidos por las normas legales y técnicas. Al 31 de diciembre de 2002 no existe deuda devengada a favor del ANSES.

Córdoba, 28 de febrero de 2003.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CÓRDOBA

Córdoba, 28 de febrero de 2003

Señor presidente y miembros de la  
Honorable Comisión Directiva de la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

De conformidad con disposiciones vigentes, someto a consideración de la Honorable Asamblea el informe correspondiente al ejercicio comprendido entre el 10 de enero al 31 de diciembre de 2002.

Luego de haber visto la Memoria, el Balance General, con cuadro de Resultado, cuenta de Gastos y Recursos, comprobantes, y libros de Comercio, los que en mi opinión reflejan fielmente la situación financiera de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, es que me permito aconsejar la aprobación de los mismos.

Atentamente.

*Julio I. Altamira Gigena*  
*Revisor titular de cuentas*

**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 2002 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2002, 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 31/12/2001		505,20
 Aportes recibidos de Tesorería General de la Nación		
1) 31/01/2002	11.348,98	
2) 28/02/2002	3.672,00	
3) 31/03/2002	9.513,00	
4) 30/04/2002	9513,00	
5) 31/05/2002	15.353,83	
6) 30/06/2002	13.342,00	
7) 31/07/2002	13.361,00	
8) 31/08/2002	9.513,00	
9) 30/09/2002	9.513,00	
10) 31/10/2002	9.513,00	
11) 30/11/2002	15.354,00	
12) 31/12/2002	5.508,00	125.504,81
 Total a rendir		 126.010,01
 <i>Egresos del 01/01/2002 al 31/12/2002</i>		
- Sueldos	27.550,88	
- Servicios de terceros	16.640,00	
- Agua corriente y cloacas	303,14	
- Energía eléctrica	715,80	
- Gastos generales	1.443,89	
- Publicaciones	30.933,76	
- Gasto oficina	1.281,49	
- Gas	183,99	
- Gastos limpieza	1.464,62	
- Conservación edificio	150,00	
- Gastos movilidad y viajes	1.024,31	

- Teléfono e Internet	2.264.75	
- Seguros	1.019.10	
- Distribución de correspondencia	16.658.65	
- Gastos actos y representación	971.64	
- Comisiones y gastos bancarios	2.480.35	
- impuesto inmobiliario	603.00	
- Anses y obra social	12.494.69	
- Repuestos y reparaciones	1.046.38	
- Honorarios	911.40	
- Gastos computación	705.64	
- Premios	1.000.00	
- Impresos y papelería	154.77	
- Refrigerios	590.40	
- Gastos transporte	468.84	
- Certificaciones y legales	503.02	
- Máquinas	2.445.50	-126.010,01
Saldo pendiente de rendición al 31/12/2002		0,00

## INFORME DE AUDITORÍA

A LA HONORABLE COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CERTIFICO haber examinado el detalle de movimientos de ingresos y egresos de los subsidios otorgados a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 1° de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002 y los cuales arrojan las siguientes cifras:

*DETALLE DE MOVIMIENTOS DE INGRESOS Y EGRESOS*

	En pesos
Saldo pendiente de rendición al 31/12/2001	505,20
Ingresos: Aportes Ministerio de Educación	125.504,81
Suma	126.010,01
Egresos	(126.010,01)
Saldo pendiente de rendición al 31/12/2002	0.00

El análisis se efectuó aplicando normas mínimas de auditoría, por lo cual se considera que el detalle de movimientos de ingresos y egresos responde a la suma de operaciones del año 2002.

Expido el presente en la ciudad de Córdoba, a veintiocho días del mes de febrero de dos mil tres.

*Alejandro César Maraschio*  
*Contador público U.C.C.*  
Mat. 10-0297.6 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 31-12-03 .....	9
Académicos correspondientes argentinos al 31-12-03 .....	11
Académicos correspondientes extranjeros al 31-12-03 .....	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 “Tesis Sobresalientes” .....	20
Presidencia .....	21
Sillones académicos. Su historia (al 31-12-03) .....	21
Autoridades de la Academia desde su fundación .....	25
Académicos de número desde su fundación .....	29

### **DOCTRINA**

<b>Efectos del convenio arbitral pactado por la Autoridad del Canal de Panamá</b> <i>por Ulises Pittí</i> .....	35
<b>El gobierno de gabinete y el sistema presidencial</b> <i>por Diego Valadés</i> .....	59
<b>El amparo en América Latina: la universalización del régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales</b> <i>por Allan R. Brewer Carías</i> .....	89

<b>El proceso de constitucionalización de la integración europea</b> <i>por Ricardo Alonso García</i> .....	115
<b>La comunidad centroamericana. Su sistema jurídico institucional</b> <i>por Jorge Giammattei Avilés</i> .....	131
<b>Reflexiones sobre la “mala fe”</b> <i>por Pascual E. Alferillo</i> .....	151
<b>La acción preventiva</b> <i>por Jorge Walter Peyrano</i> .....	181
<b>L’influenza degli italiani nella generazione argentina del 1837</b> <i>por Olsen A. Ghirardi</i> .....	245
<b>Agricultura y derecho agrario</b> <i>por Luis E. Martínez Golletti</i> .....	261
 <b>ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA</b>  	
<i>- DISERTACIONES DE LOS SEÑORES ACADÉMICOS EN SESIONES PRIVADAS</i>	
<b>Esquel y un proyecto minero</b> <i>por Víctor H. Martínez</i> .....	281
<b>Los delitos de robo y hurto en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán</b> <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i> .....	307
<b>La generación del 37 y la revista La Moda</b> <i>por Olsen A. Ghirardi</i> .....	319
<b>El fallo de la Corte Suprema en «Provincia de San Luis» y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica</b> <i>por Antonio María Hernández (h)</i> .....	321



*- RECEPCIÓN DE NUEVOS MIEMBROS CORRESPONDIENTES*

Recepción del académico correspondiente en Panamá, Dr. Ulises Pittí Presentación por el Dr. Eduardo I. Fanzolato .....	383
Recepción del académico correspondiente en México, Dr. Diego Valadés Presentación por el Dr. Ricardo Haro .....	387
Recepción del académico correspondiente en Venezuela, Dr. Allan R. Brewer Carías Presentación por el Dr. Antonio María Hernández (h) .....	391
Recepción del académico correspondiente en España, Dr. Ricardo Alonso García Presentación por el Dr. Ernesto Rey Caro .....	395
Recepción del académico correspondiente en El Salvador, Dr. Jorge Antonio Giammattei Avilés Presentación por el Dr. Pedro J. Frías. Presentación por el Dr. Francisco I. Giletta .....	401
Recepción del académico correspondiente en San Juan, Dr. Pascual Eduardo Alferillo Presentación por el señor presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés .....	405
Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Jorge Walter Peyrano. Presentación por el Dr. Armando S. Andruet (h) .....	411
<i>PREMIOS</i>	
Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes 2003”	
Palabras del Dr. Luis Moisset de Espanés .....	417
Palabras de la Dra. Susana Frascaroli .....	429
Palabras del Dr. Benjamín Moissá .....	431
Palabras de la Dra. María Susana Najurieta .....	431

Premio “Joven Jurista 2003”

Palabras del Ab. Carlos Alberto Molina Sandoval .....	432
Palabras del Ab. Gustavo Arocena .....	434
- <i>ACTO DE PRESENTACIÓN DEL “LIBRO HOMENAJE A LA CONSTITUCIÓN DE 1853”</i>	
Palabras del señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen A. Ghirardi .....	439
- <i>INFORME DEL SEÑOR PRESIDENTE DR. OLSEN A. GHIRARDI DEL ACTO DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO HOMENAJE A LA CONSTITUCIÓN DE 1853 EN LA UNIVERSIDAD DE PISA</i> .....	
	445
- <i>NUESTRO SITIO WEB</i> .....	
	451
- <i>FALLECIMIENTO DE LA SRA. ACADÉMICA DE NÚMERO DRA. BERTA KALLER ORCHANSKY</i>	
Resolución 20/2003 .....	455
Resolución 21/2003 .....	456
Palabras pronunciadas por el Dr. Horacio Roitman .....	457
- <i>RECENSIONES</i>	
El derecho en la vida	
<i>por Pedro J. Frías</i> .....	463
El poder	
<i>por Pedro J. Frías</i> .....	465
La libertad religiosa en la Argentina. Aportes para una legislación	
<i>por Pedro J. Frías</i> .....	467
Momentos y perspectivas, la Argentina en el mundo y en América Latina	
<i>por Pedro J. Frías</i> .....	469
Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales	
<i>por Pedro J. Frías</i> .....	471

Defensa de la Constitución: garantismo y controles, Libro de reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos <i>por Pedro J. Frías</i> .....	473
Concursos I 2002-3, Revista de Derecho Privado y Comunitario <i>por Efraín Hugo Richard</i> .....	475
Actas del Congreso General Constituyente de 1853 <i>por Pedro J. Frías</i> .....	481
Documentos diplomáticos sobre historia argentina (1850-1954) <i>por Pedro J. Frías</i> .....	483
La sociedad en formación <i>por Marcelo A. Barberán</i> .....	485
Introducción al razonamiento forense <i>por Pedro J. Frías</i> .....	487
 <i>- MEMORIA DE LOS INSTITUTOS</i>	
Memoria del Instituto de Filosofía del Derecho .....	493
Memoria del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña .....	496
Memoria del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración .....	505
Memoria del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe .....	506
Memoria del Instituto de Derecho Comparado .....	508
Memoria del Instituto de la Empresa .....	510
Memoria del Instituto de Federalismo .....	516
Memoria del Instituto de Educación .....	517
 <i>- MEMORIA DE LA BIBLIOTECA "ALFREDO POVIÑA" 2003</i> .....	
 <i>- MEMORIA DE LA ACADEMIA Y BALANCE</i>	
Memoria de la Academia -Año 2002 .....	527
Estado de situación patrimonial al 31 de diciembre de 2002 .....	543

Notas a los estados contables del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2002 .....	545
Estado de evolución del patrimonio neto .....	546
Estado de resultados .....	547
Ingresos Anexo IV .....	548
Erogaciones del ejercicio Anexo III .....	549
Bienes de uso .....	550
Estado de origen y aplicación de fondos .....	552
Informe del auditor .....	553
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 2002 al 31 de diciembre de 2002, por la Tesorería General de la Nación .....	556
Informe de Auditoría .....	558

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,  
en el mes de abril de 2004





