

# ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO L  
AÑO ACADÉMICO 2011

ISSN 0325-5425

CÓRDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA

Las opiniones vertidas en los distintos artículos son de  
exclusiva responsabilidad de sus autores

*Queda hecho el depósito que marca la ley*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES  
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO  
*Presidente*

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Vicepresidente*

JORGE DE LA RÚA  
*Secretario*

ARMANDO S. ANDRUET (h)  
*Tesorero*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS  
*Director de Publicaciones*

HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS  
*Revisor de Cuentas*

Dirección: Gral. Artigas 74 – 5000 – Córdoba

Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929

E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

REPÚBLICA ARGENTINA

**Presidentes Honorarios**

PEDRO J. FRÍAS †

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Para mayor información institucional de la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
visitar *[www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)*

† Fallecido el 2 de abril de 2011.

**EXPOSICIONES  
DE  
ACADÉMICOS**



## EL DISTRACTO<sup>1</sup>

por LUIS MOISSET DE ESPANÉS <sup>2</sup>

En realidad este es el principio de una investigación que comencé hace un mes... motivado por un correo electrónico de un discípulo, el Dr. Benjamín Moisés de Tucumán <sup>3</sup>, quien me preguntaba si conocía las razones o causas por las cuales en la última edición del Diccionario de la Real Academia había desaparecido el vocablo distracto; manifestaba en esa correspondencia:

- Con sorpresa veo que la palabra distracto, que figuraba en la RAE hasta la 21<sup>a</sup> edición, ha sido excluida en la 22<sup>a</sup>. ¿Sabe usted por qué?

Yo no lo sabía, por lo que tuve que ponerme a indagar las razones que pudieron haber impulsado a la Real Academia a suprimir este vocablo que entre nosotros tiene un uso muy frecuente en distintas ramas del derecho, tanto en el derecho civil -contratos, donaciones- como en el derecho laboral, con significado contrario al contrato mismo, ya que se considera distracto a la disolución del contrato. En doctrina encontramos discusiones sobre el alcance que tiene este vocablo, en especial si comprende solamente la disolución por mutuo consenso o toda disolución.

En materia de donaciones se ha utilizado la figura del distracto para dejar sin efecto una donación y por ese camino procurar el saneamiento del título que surgía de la donación; esto ha provocado numerosos artícu-

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el 5 de abril de 2011.

<sup>2</sup> Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>3</sup> Correo electrónico del 28 de febrero de 2011, que llevaba como asunto: “distracto” excluido del DRAE.

los doctrinarios <sup>4</sup>. En una búsqueda efectuada en el *thesaurus* de la revista “on line” de La Ley encontramos más de 200 páginas en las cuales aparecen artículos de doctrina que mencionan el vocablo distracto.

Agreguemos que últimamente, en el campo del derecho laboral, tanto jueces como abogados laboristas utilizan con muchísima frecuencia el vocablo distracto, refiriéndose específicamente al distracto laboral como forma de extinción de la relación de trabajo <sup>5</sup>.

Me lancé afiebradamente, diría yo, a la búsqueda de antecedentes para ver si podía despejar mis dudas y encontrar la razón que había impulsado a la Real Academia a suprimir ese vocablo del Diccionario. Y en esta búsqueda dos días después, en una noche de insomnio, antes de realizar un viaje a Perú, me sucedió algo que en un primer momento me pareció similar a aquello que relata Rudolph Von Ihering en *Jurisprudencia en broma y en serio* <sup>6</sup>. Más recientemente se ha publicado una traducción de Tomás A. Banzafh, con el título de *Bromas y veras en la ciencias jurídica*, Civitas, Madrid, 1987, donde entre las bocanadas de humo de su cigarro se le aparece el espíritu de Gayo, y discute con el jurista romano una serie de problemas <sup>7</sup>; o lo imaginado en épocas más modernas por uno de nuestros académicos correspondientes, el ex presidente de la Academia de Granada, Dn. Eduardo Roca Roca que en un pequeño libro titulado *El hombre del cuadro* <sup>8</sup>, conversa con Esopo, que

---

<sup>4</sup> Solamente como ejemplo mencionamos el libro de Gastón R. DI CASTELNUOVO titulado: *El distracto. Modo inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación* (Buenos Aires, Astrea, 2002) y el artículo de Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA titulado “El distracto”, publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

<sup>5</sup> Debo manifestar que yo mismo, como miembro del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, donde integraba la Sala Laboral, en un voto emitido en autos “Chávez, Carlos Oscar c/ Ciudad de Córdoba S.A.C.I.F.”, he empleado el vocablo distracto, expresando textualmente: “En cuanto a la indemnización por integración del mes de despido, su admisibilidad resulta de no haberse otorgado el preaviso, de conformidad con el art. 233 LCT, toda vez que *el distracto* se produjo el día 1 de julio de 1986”.

<sup>6</sup> Traducción de Román Riaza, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

<sup>7</sup> En la edición de Civitas mencionada en la nota anterior aparece esa conversación en la stampa titulada “La ratonera del antiguo derecho sucesorio”, Parte II, “Charlas de un romanista”, pág. 126 y ss.

<sup>8</sup> Ver Eduardo ROCA ROCA, *El hombre del cuadro y otros relatos*, edición privada, Granada, 2007.

es el hombre representado en el cuadro<sup>9</sup>, y Esopo<sup>10</sup> se le queja amargamente de los plagios que ha sufrido a lo largo del tiempo.

En esa duermevela se me apareció el distracto y estuve conversando con él; yo, medio agitado, le dije:

- ¿Estoy hablando con el espíritu del distracto?

Pensé, para mis adentros, en la similitud de lo que me sucedía con lo que les había pasado a Von Ihering o a Roca Roca. Pero sin vacilar el distracto me respondió:

- *¡No! no soy una figura holográfica virtual. ¡Yo estoy vivo! El haber desaparecido del Diccionario de la Real Academia no ha producido mi muerte; si usted investiga las causas verá que como diría Chueca en la zarzuela de la “Gran Vía”<sup>11</sup>, refiriéndose a Caballero de Gracia<sup>12</sup>. Chueca y Valverde en la zarzuela que lleva ese nombre incluyen un vals, dedicado a “Caballero de Gracia”, quizás podría afirmarse que “es verdad que estoy un poco antiguo, pero... soy un hombre gentil, de carácter jovial a quien mima la sociedad...”*.

Todo esto me dejó muy preocupado y me llevó a indagar en la página web de la Real Academia la evolución que había tenido en el Diccionario el vocablo distracto.

La Real Academia realiza sin duda un gran esfuerzo para cumplir con el lema que campea en su escudo: “limpia, fija y da esplendor”; procura no sólo mantener al día y acrecentar el número de vocablos que figuran en el léxico, sino que desde hace algo más de un siglo, aproximadamente, atiende no sólo a aquellos que se utilizan en España, sino que

---

<sup>9</sup> En la penumbra y medio adormilado, escucha Eduardo Roca Roca una voz; al principio no sabe quién le habla, pero al levantar la vista comprende que es el personaje representado en el cuadro que cuelga frente a él quien lo interpela.

<sup>10</sup> Se trata del semi legendario fabulista griego, Esopo, con quien entabla una larga plática (ver libro citado, pág. 9 y ss.).

<sup>11</sup> La zarzuela titulada la “Gran Vía” es, musicalmente, obra de Federico Chueca y Joaquín Valverde, y tuvo como libretista a Felipe Pérez y González. Se estrenó el 2 de julio de 1886.

<sup>12</sup> Caballero de Gracia es una de las calles de Madrid que ve reducida su extensión por la apertura de la “Gran Vía”.

intenta contemplar los que se emplean en América, en todos los países en que se habla castellano<sup>13</sup>.

Recuerden ustedes que un gran literato y lexicógrafo peruano, Ricardo Palma, que por sus méritos fue recibido como miembro correspondiente por la Real Academia de la Lengua<sup>14</sup>, es designado representante de Perú para asistir a un congreso que se celebró en España a fines del siglo XIX, con motivo del cuarto centenario del descubrimiento de América.

En esa oportunidad toma estrecho contacto con la Real Academia de la Lengua; asiste asiduamente a sus sesiones plenarias<sup>15</sup> y lucha denodadamente por la incorporación al Diccionario de vocablos de uso en América.

Durante un tiempo se bate con el espíritu conservador de los miembros de la Real Academia que casi no querían aceptar voces americanas y en esos momentos, algo decepcionado, escribe un libro al que llama *Papeletas lexicográficas*<sup>16</sup>, en el que recoge más de dos mil quinientas voces de uso no solamente en Perú sino también en otros países de América.

Luego se reconcilia porque advierte que ha cambiado de postura, ampliando su espíritu y admitiendo cada vez más las voces provenientes de distintos países de América para reflejar toda el habla hispánica, no sólo la del español peninsular, sino el de todos los países de habla hispánica.

Últimamente hay casos en que hay quienes opinan que se llega a extremos excesivos al incorporarse voces del argot y del lunfardo. Precisamente en la vigésima segunda edición de la RAE, donde desaparece el distracto<sup>17</sup> se encuentra por primera vez Yira, el nombre de un tango de

---

<sup>13</sup> La verdad es que ya en el Diccionario de Autoridades aparecen algunas voces originarias de América, pero su número es muy limitado.

<sup>14</sup> Esta distinción le fue conferida en 1878.

<sup>15</sup> Martha Hildebrandt, en el prólogo a la reedición facsimilar de las *Papeletas lexicográficas*, nos dice que en 1892 asistió a veinte sesiones (Ricardo PALMA, *Papeletas lexicográficas*, Lima, 2003, pág. VI).

<sup>16</sup> Hay una reedición facsimilar coeditada por la Academia Peruana de la Lengua y la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2003, con un ilustrativo prólogo de Martha Hildebrandt.

<sup>17</sup> También en esa edición ha desaparecido otro vocablo jurídico: estelionato.

Discépolo<sup>18</sup> y cuando se relea la letra de ese tango encontramos una estrofa en que se expresa: “cuando rajés los tamangos, buscando ese mango que te haga morfar”.

Si analizamos esas líneas, vemos que “tamango” fue ya admitido por la Real Academia desde 1925 como un vocablo de uso en Chile, con el significado de la envoltura de los pies en cuero de oveja para protegerlos del frío, y en Argentina como un calzado muy ordinario que usan los gauchos<sup>19</sup>.

En cuanto a “mango” y “morfar”, con el sentido que se les da en el tango, recién aparecen en la 22ª edición, es decir en la última del Diccionario RAE. El pobre y desesperado que busca los “mangos” que le permitan “morfar”, está buscando dinero<sup>20</sup> para poder comer<sup>21</sup> algo.

En el mismo momento que se incorporan estos vocablos de un tango con la aquiescencia de la Academia Argentina de Letras, porque la Real Academia en esto ahora toma cuidado en consultar a cada una de las academias hermanas sobre lo que incorpora, al parecer no toma el mismo cuidado para cuando dispone que desaparezcan palabras.

No es lo mismo incorporar un vocablo nuevo, que borrar algo de lo que está existente.

<sup>18</sup> Enrique Santos Discépolo es uno de los más destacados autores de la letra de tangos, que son muy recordados.

<sup>19</sup> Diccionario de la Real Academia, 15ª edición, 1925: “Chile. Pedazo de cuero de oveja con que se envuelven los pies los naturales para librarse de los efectos del hielo cuando cruzan los Andes. 2. Argent. Calzado muy basto que usan los gauchos”.

La definición ha ido evolucionando hasta llegar a la 22ª edición en que se dice de tamango:

1. m. Arg., Par. y Ur. calzado (todo género de zapato).

2. m. coloq. Arg. y Ur. Calzado viejo y deformado.

3. m. Arg., Par. y Ur. p. us. Calzado rústico que se hacía de cuero crudo, con el pelo hacia adentro, de tejidos rústicos o de cubiertas de neumáticos.

<sup>20</sup> De mango, no con el sentido del extremo de un instrumento, ni como nombre de una fruta, dice la 22ª edición del Diccionario:

1. m. coloq. Arg. y Ur. peso (unidad monetaria).

2. m. coloq. Arg. dinero (moneda corriente).

<sup>21</sup> También en el año 2001, en la 22ª edición del Diccionario de la RAE, aparece morfar con el siguiente sentido:

1. tr. coloq. Arg. y Ur. comer (tomar alimento).

Y en el anticipo de la 23ª edición en lugar de (tomar alimento), se diría (ingerir alimento).

¿Cuándo comenzó a vivir el distracto en el Diccionario de la RAE? La primera aparición del vocablo distracto no está en el Diccionario de Autoridades, sino que aparece recién en la tercera edición que data de 1791. Allí se incorpora de forma muy sencilla: “*distracto s.m.r. disolución del contrato, del latín contractus disolutio*”, es todo lo que dice del distracto, a diferencia de lo que había sucedido en el Diccionario de Autoridades, donde cada vocablo que se incluía es ilustrado con su empleo por algún literato de nota.

La segunda aparición se produce en la siguiente edición del Diccionario, la cuarta edición, y allí se reproduce textualmente lo anterior, lo que me provocó la necesidad de averiguar qué significaban las abreviaturas “s.m.r.”; la **s** y la **m** correspondían a sustantivo masculino, pero ignoraba el significado de la **r**, por lo que indagué en la lista de abreviaturas, contenida al comienzo del Diccionario y allí encontré: “raro uso”.

A partir de la quinta edición, que es de 1817, se cambia lo de s.m.r. por s.m.ant., sustituyendo el “raro uso” por “anticuado” y el distracto queda vestido con este mote de anticuado<sup>22</sup>, y así vive hasta la vigésimo primera edición, que data de 1992, sin modificación alguna en el significado; lo único que se modifica es que a partir de la sexta edición deja de reproducirse la fuente latina, y ya no se dice *contractus disolutio*, sin señalar siquiera su origen latino, que reaparece en la décimo segunda edición, en 1884, donde se aclara entre paréntesis (del lat. *distractus*) y se agregar a continuación “For.”, por ser de uso forense, y con esta forma se lo encuentra hasta la 19ª edición en 1970, pero en la 20ª de 1984 se reemplaza “For.” por “Der.”, de uso en el derecho, forma que se mantiene en la 21ª edición de 1992, que contiene la última aparición del “distracto” en el Diccionario de la Academia. Quizás resulte conveniente señalar que no encontramos el vocablo en ninguna de las ediciones del Diccionario Manual, quizás como un anticipo de que por la antigüedad del vocablo se estaba pensando suprimirlo del léxico.

La búsqueda en otros diccionarios como el Corominas, que tanto material útil suele brindar, o en el de María Moliner, dan un significado similar y siempre motejando de anticuado el distracto.

---

<sup>22</sup>Por eso recordábamos al Caballero de Gracia, que confesaba estar un poco antiguo.

Se ve que el hecho de que durante dos siglos la voz haya sido primero de raro uso y después considerada anticuada, es lo que ha decidido a los honorables miembros de la Real Academia a hacerla desaparecer en la última edición.

Pero el distracto, cuando se me apareció, me decía: “*yo no he muerto por eso, simplemente estoy ausente de la península ibérica*”, y “*¿qué razones motivan que me haya ausentado?*”. “*Bueno.. a alguien de mi edad el frío suele a veces causarle molestias en los bronquios, y los inviernos tan rigurosos como este último que ha padecido toda Europa, provocaron que emigrara y me fuera a buscar un clima más benigno, más sano, más atractivo, y lo he encontrado en el Río de la Plata. Allí, como también en Asunción del Paraguay donde, como decía Helio Vera, hay sólo dos estaciones*<sup>23</sup>: *la del ferrocarril y el verano; he buscado un ambiente más adecuado para mi salud, por lo que me aclimaté y allí sigo estando presente. Si usted lo averigua y hace una búsqueda a fondo del problema, verá que la gente del foro de esos países sigue recurriendo a mí con frecuencia*”.

Y prosiguió: “*Esto me obliga a pensar que si se aceptan vocablos del lunfardo, no hay razón que a quien tiene una rancia stirpe, una genealogía que viene del latín que es el idioma madre del lenguaje jurídico lo tengan que borrar del Diccionario por anticuado. ¡Ya verá usted que no estoy muerto!*”.

Entonces comencé a indagar tomando contacto con amigos de diferentes puntos de América. En esos días escribí a varias personas, entre ellas a dos uruguayos que son correspondientes de nuestra Academia: Ordoquí y Caumont.

Me responde Caumont: “Yo lo uso con frecuencia en mis clases y escritos y también se usa en el lenguaje forense de Uruguay<sup>24</sup>.”

Le escribí a un profesor de Paraguay y autor de obras sobre el contrato, Bonifacio Ríos Avalos, y él siguiendo indicaciones mías de cómo

---

<sup>23</sup> Ver *Diccionario contrera*, de Helio VERA, abogado y periodista paraguayo.

<sup>24</sup> Correo electrónico del 10 de marzo de 2011.

podía efectuar una búsqueda, me mandó una serie de antecedentes del empleo del distracto que ya vamos a ver rápidamente<sup>25</sup>.

También escribí a peruanos y argentinos. El primer argentino en contestar fue alguien que es muy diligente, el actual el director del Instituto de la Academia en la región Cuyo, Pascual Alferillo<sup>26</sup>, a quien le escribí el primero de marzo, y me respondió, que después de leer el contenido de mi correo en el que le transmitía la inquietud de Benjamín Moisés, utilizó de inmediato el buscador Copernic, para ver cuántas veces aparecía el distracto en las sentencias de la Cámara Civil -cerca de 10.000 en sus registros particulares- y que había encontrado más de 40 fallos que contienen ese vocablo utilizado en temas contractuales, agregando: “a todo efecto puedes argumentar que este uso está totalmente documentado en instrumentos públicos”, y termina con una nota: “Estaba por cerrar este e-mail y se me ocurrió colaborar con esta investigación y consultar con la web de La Ley, y dio el siguiente resultado: en sumarios de jurisprudencia la palabra es citada 1.652 veces, y en trabajos doctrinarios está expuesto el término distracto en 235 oportunidades, espero que sirva para hacerle comprender a la Real Academia española que los argentinos aún seguimos usando el término”<sup>27</sup>.

De Buenos Aires le escribí a José María Gastaldi que también me ha enviado respuestas por el uso que él hace en clase, dice que no con demasiada frecuencia pero que emplea el vocablo distracto en sus trabajos, sobre todo en el libro de pacto comisorio<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Correo electrónico del 4 de marzo de 2011, que contiene datos sobre obras jurídicas en las que se emplea el vocablo *distractus*, y también numerosos fallos de la justicia paraguaya.

<sup>26</sup> El Dr. Pascual Alferillo es académico correspondiente de la Academia cordobesa, profesor universitario y vocal de Cámara Civil en la ciudad de San Juan.

<sup>27</sup> Correo electrónico del 1º de marzo de 2011, ampliado en otro, carta del 3 de ese mes, en el que me dice que ha encontrado 9 fallos de Cámara y 28 de la Corte de la provincia de Mendoza en que se emplea el vocablo distracto.

<sup>28</sup> El 27 de marzo de 2011 me envió un detallado informe sobre el tema, que mucho agradezco. Allí señala, por ejemplo, el uso que él hace del vocablo en la pág. 25 de su libro sobre *Pacto comisorio*. Menciona también la preocupación que tienen los escribanos sobre el tema distracto, aplicado especialmente a donaciones y brinda datos sobre fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal, de la Corte de Justicia de Salta y de tribunales contencioso administrativos en que se emplea el vocablo distracto.

Yo les comentaba que lo primero que hice el día 1 de marzo, hace un mes, fue escribir al director de la Real Academia, Víctor García de la Concha, creyendo que seguía ocupando ese cargo; ignoraba que por edad ha finalizado su mandato, y ahora es director honorario. Le escribí a él porque había tenido relación epistolar hace una década, con motivo de la corrección que debió efectuarse en el Diccionario de la Real Academia de un error que apareció durante 100 años, con relación a la definición del año bisiesto, que a partir de la 13ª edición, de 1899, hasta la 21ª de 1992, era definido en dos partes de manera distinta; evidentemente en una estaba mal, y en otra bien.

Yo le había escrito a García de la Concha señalando ese error, y el año 2001, en la 22ª edición, se corrigió. Ahora le escribí sobre el “distracto”, pero hasta la fecha<sup>29</sup> no han contestado nada ni él, ni el nuevo director.

En ese correo le expresaba esta inquietud y le preguntaba si podía darme a conocer las razones que habían pesado en la Academia, para suprimir la voz *distracto*.

Quiero recalcar que la Real Academia de la Lengua, además de la virtud de consultar a las academias regionales, tiene la virtud de integrar su cuerpo de numerarios con representantes de cada una de las otras Reales Academias que integran el Instituto de España. Es decir, cuenta con un representante por cada una de ellas, para que de esa forma cuando se tienen que introducir modificaciones en los significados o agregar algún vocablo nuevo, alguien vinculado con la materia pueda expresar su opinión.

Precisamente en la época en que se produjo la corrección de los significados de “año bisiesto” había estado en Córdoba días antes, cenando en la casa de Antonio María Hernández, el Excmo. Señor Dn. Eduardo García de Enterría, numerario de las Academias de la Lengua y de Jurisprudencia, y en esos momentos, previos al Congreso de Valladolid en que se presentó la última edición del Diccionario, le había expresado mi preocupación.

Cuando pude consultar en la web la última edición, en que ya estaba corregida la caracterización del “año bisiesto”, le escribí a García de Enterría felicitándolo por varias cosas: primero porque la Academia había

---

<sup>29</sup> Martes 5 de abril de 2011, día en que realicé esta exposición en el pleno de la Academia de Córdoba.

puesto en la red todos sus diccionarios<sup>30</sup>. Antes, quien debía hacer una investigación se veía sumamente limitado porque si no tenía acceso a bibliotecas muy completas, no podía buscar la filiación de un vocablo y la evolución en su significado.

Aquí, en Córdoba, uno podía remontarse hasta la 16ª edición de 1936 y de ahí saltar al ejemplar que tenía Vélez de la 7ª edición de 1837, y retroceder al ejemplar del Diccionario de Autoridades que se encuentra en la antigua biblioteca jesuítica.

Hoy quien tenga inquietudes filológicas y desee investigar qué ha pasado con una voz, puede abrir la página de la RAE, y efectuar allí una búsqueda que le permite determinar en qué momento apareció un vocablo y cuál ha sido el significado que ha ido teniendo y su evolución a lo largo del tiempo, es decir conocer toda su historia.

Esta útil herramienta que la Real Academia ha puesto al alcance de todos posibilitó mi búsqueda, a lo que se han sumado los contactos que tomé con juristas amigos, que me escribieron de inmediato.

Debo señalar que un joven, hijo de uno de los profesores de Contratos más destacado que ha existido en la República Argentina, Fernando J. López de Zavalía, a quien la Academia distinguió en su momento como Maestro del Derecho<sup>31</sup>. Me decía este joven que en el tomo primero de la obra de Contratos de su padre está empleado y explicado el alcance del vocablo *distracto*<sup>32</sup>. A continuación reproducía en ese correo tres largos párrafos de la obra de su padre, dato que, por supuesto, agradezco.

El mismo día, en otro correo, me decía: “*Con el buscador de ‘Google’ configurado en la opción ‘Buscar sólo páginas en español’ la palabra ‘distracto’ arroja 37.600 resultados*”.

---

<sup>30</sup>Con anterioridad solamente se podían consultar en la red el Diccionario de Autoridades, y la 21ª edición de 1992.

<sup>31</sup>Esa distinción solamente se ha otorgado en tres oportunidades. La segunda de ellas, en 1996, tuvo como destinatario a López de Zavalía. Con anterioridad, en 1990, se distinguió a un romanista, Agustín Díaz Bialet y posteriormente, en 2008, a un constitucionalista y miembro de la Corte Suprema de la Nación, Carlos S. Fayt.

<sup>32</sup>Correo electrónico del 2 de marzo, en el que expresaba textualmente: “En nuestra doctrina, el término “*distracto*”, está vinculado a la definición misma de contrato, en esa célebre discusión entre la tesis amplia y la tesis restringida, como lo demuestra la pág. 16 de la última edición del tomo I de Teoría de los contratos, que a continuación te transcribo: ...”.

A estos datos debe agregarse que López de Zavalía se ocupó del problema que en materia notarial se presenta con el uso del distracto para solucionar el disfavor que padecen las donaciones de inmuebles, problema que había motivado que un notario de Buenos Aires publicara dos artículos vinculados con el empleo de distracto como herramienta para bonificar los títulos de donación que resultan siempre objetados<sup>33</sup>. También se ha ocupado del tema, entre otros, el escribano Carlos Nicolás Gattari: “Distracto de donación”, *Rev. del Notariado*, N° 844, págs. 21-24, y “Bonificar donación investigando y contando el resultado”, *Rev. del Notariado*, N° 846, pág. 533. A raíz de eso, López de Zavalía le escribe una carta a Di Castelnuovo analizando el concepto de distracto; esa carta que es un verdadero artículo de doctrina, fue publicada en la *Revista Notarial de La Plata*<sup>34</sup>.

Pues bien, el hijo de López de Zavalía reflexionaba: los distinguidos miembros de la RAE no vacilan en incorporar al diccionario vocablos del lenguaje popular o del “lunfardo”, pero no deben negar a los hombres de derecho la posibilidad de emplear vocablos jurídicos de larga tradición, aunque provengan de lenguas muertas. El “distracto” está vinculado a la definición misma del contrato y a esa célebre discusión entre la tesis amplia y la restringida<sup>35</sup>.

En la obra de López de Zavalía se advierte que el vocablo “distracto”, tiene raigambre en el propio Código Civil argentino, ya que si bien no está utilizado en ninguno de los artículos del Código, en la nota al art. 1493, primero del título de la locación, Vélez lo utiliza y no debemos olvidar que el codificador tenía gran preocupación por el uso del lenguaje, y por esa razón en su biblioteca encontramos varios diccionarios y entre ellos la edición de 1837 del *Diccionario de la Real Academia*<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Ver Gastón R. DI CASTELNUOVO, “El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos provenientes de donación”, *Rev. Notarial*, N° 919, pág. 575, y “La simulación, el distracto y, otra vez, las donaciones a extraños”, *Rev. Notarial*, N° 926, pág. 41.

<sup>34</sup> Ver Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA: “Acerca del distracto”, *Rev. Notarial*, N° 926, pág. 73. Puede consultarse también en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>35</sup> Ver más arriba nota 32.

<sup>36</sup> Los hijos de don Dalmacio Vélez Sársfield, Aurelia y Constantino, donaron a la Universidad de Córdoba la biblioteca de su padre, que se encuentra en un templete, junto con los manuscritos del Código Civil, en la Biblioteca Mayor de la Universidad.

En Paraguay también continúa empleándose el vocablo distracto. El profesor Bonifacio Ríos Avalos, a quien le consulté sobre el tema, contestó diciéndome que en su obra “*Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos*’, en el punto referido a las rescisiones de los contratos, es decir, al modo en que la voluntad de las partes puedan poner fin a su acuerdo anterior, se refiere al *distractus*”<sup>37</sup>.

A continuación agregaba: “*Otro autor paraguayo, José Antonio Moreno Rodríguez, en su obra: Curso de Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos. Intercontinental Editora. 1991, igualmente se refiere al Distracto como un modo de poner fin a las relaciones contractuales para el futuro*”<sup>38</sup>.

También su carta incluía casos de jurisprudencia en que se mencionaba el distracto y se los había conseguido una señorita llamada Patricia Camps, buscando en la revista La Ley de Paraguay, lo que testimonia la amplitud con que se utiliza el vocablo en el ambiente jurídico de ese país.

Todas estas respuestas, conseguidas en menos de una semana, me impulsaron a continuar con esta investigación y lo hice con la ayuda de la señora Pilar Hiruela de Fernández, quien buscó en los sitios de LexisNexis y de Actualidad Jurídica, y me suministró los datos de la cantidad de veces que en ellos aparece la palabra distracto.

Escribí también al director de la Revista Zeus, de Rosario, el señor Gustavo Caviglia, y el 30 de marzo recibí un correo con detallada mención de la aparición del distracto en fallos de los últimos 10 años, que no reproduzco para no extender excesivamente este informe.

Sin embargo deseo señalar que el investigador hoy tiene que recurrir a las herramientas que brinda Internet y resulta de interés emplear dos de los buscadores que más se utilizan: Google y Yahoo. En Google ayer tomé datos, verificando de nuevo una búsqueda que ya había hecho antes, y encontré que en las páginas en castellano figuraban ayer alrededor de 49.700 entradas; y en Yahoo algo más de 32.000 entradas, es decir que el vocablo sin duda conserva plena vigencia.

---

<sup>37</sup> Correo electrónico del 4 de marzo de 2011.

<sup>38</sup> Correo citado en la nota anterior.

Posiblemente, cuando la RAE tomó la decisión de eliminar el “distracto” no ha recurrido a ese tipo de herramienta, cuyo uso hoy no puede omitirse cuando se trata de verificar si un vocablo se emplea o no <sup>39</sup>.

Finalmente, debo mencionar que a esta búsqueda han contribuido otras personas, como Edgardo Saux <sup>40</sup>, que nos ha suministrado un gran cantidad de fallos de la Cámara Civil de Santa Fe y José María Gastaldi <sup>41</sup> -cuya contribución ya he mencionado más arriba- que me contestó con un extenso informe que, entre otras cosas, recordaba la existencia de un trabajo de Lidia Garrido Cordobera que al tratar de la extinción de los contratos menciona al distracto.

Para finalizar debo señalar que en Perú normalmente no se emplea el vocablo distracto, pero un buen amigo, el profesor Carlos Cárdenas Quirós me ha informado que uno de los autores peruanos más destacados en materia de contratos, Manuel de la Puente Lavalle, que ha fallecido no hace mucho, tiene dos obras de esta materia en las que trata del distracto <sup>42</sup>. Agradezco a Carlos Cárdenas que no solamente me envió los datos que reseño, sino también fotocopia de las páginas en que De la Puente habla del distracto. La primera es anterior a la reforma del Código en 1984; él había participado como miembro de la comisión reformadora y le tocó ser ponente precisamente en el tema contratos; la otra obra, posterior a la reforma, la publicó la Universidad Católica de Lima, en una colección titulada “Para leer el Código Civil”. En la primera de esas obras la refe-

---

<sup>39</sup> Por supuesto que “yira” puede tener más entradas que distracto (hay casi un millón). No discutimos la decisión de incorporar al Diccionario el título de ese tango -aunque sea una mujer de vida airada- porque nos gusta Yira; pero deseamos que no se eliminen vocablos de uso jurídico, que siguen teniendo aplicación en países de América.

<sup>40</sup> Edgardo Saux es profesor en la Universidad del Litoral, camarista civil en la justicia santafesina y secretario de la sede Santa Fe del Instituto de la Academia en la Región Centro.

<sup>41</sup> Catedrático de Contratos en la Universidad de Buenos Aires.

<sup>42</sup> Correo electrónico de Cárdenas, del 21 de marzo de 2011: “Te envió las páginas de dos libros de Manuel de la Puente en los que menciona el distracto. La primera página está sacada de sus *Estudios del contrato privado*. Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1983. Las tres páginas siguientes están tomadas de *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XI. Primera Parte. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1991”.

rencia al distracto es muy breve, ya que se limita a decir que el distracto es “entendido como el acto jurídico convencional por el cual se disuelve un contrato”<sup>43</sup>. En la segunda de esas obras se ocupa más detenidamente del distracto al referirse a las formas de extinción de una relación jurídica<sup>44</sup>.

Como me he extendido demasiado y no deseo abusar de vuestra benevolencia, no proseguiré exponiendo todo el material que he reunido gracias a la colaboración de buenos amigos y con mis búsquedas en Internet y me limitaré a pedirles se apruebe el proyecto de declaración que he redactado, cuyo texto se leerá por Secretaría, y rogarles que si alguno puede colaborar aportando su conocimiento sobre obras cuyos autores mencionen al distracto, lo hagan.

- Se lee y aprueba el proyecto de Declaración que se agrega como anexo.

## ANEXO I

Resolución 3 de 2011<sup>45</sup>. Lleva la firma del presidente de la Academia, Juan Carlos Palmero, y del secretario académico, Jorge de la Rúa.

VISTO:

- 1) Que el vocablo distracto, de origen latino y uso forense, se incorporó al Diccionario de la Real Academia Española con el significado “disolución del contrato” en 1791 (tercera edición).
- 2) Que en esa oportunidad se lo caracterizó con la abreviatura s.m.r., que significa “sustantivo masculino, raro uso”.
- 3) Que se reprodujo sin cambios en la 4ª edición (año 1804).
- 4) Que a partir de la 5ª edición (1817) se cambió la abreviatura por s.m.ant. (sustantivo masculino anticuado).

---

<sup>43</sup> Ver *Estudios del contrato privado*, citado en nota anterior, pág. 88.

<sup>44</sup> Ver *El contrato en general*, citado en nota 40, págs. 89 a 91.

<sup>45</sup> La resolución fue aprobada por el pleno el 5 de abril, pero se incorporó al libro de resoluciones el día 8.

- 5) Que se mantuvo luego sin modificaciones en su significado hasta 1992 (21ª edición del Diccionario de la RAE).
- 6) Que en la 22ª edición (año 2001), ha desaparecido del léxico.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que posiblemente esta supresión del vocablo se deba al hecho de que no se emplea más en España.
- 2) Que la Real Academia incluye en su Diccionario no solamente voces que se emplean en la península ibérica sino también aquellas que se utilizan en otros países de habla hispánica.
- 3) Que el vocablo “distracto” continúa teniendo uso frecuente en el Río de la Plata (Argentina y Uruguay), y también en Paraguay.
- 4) Que hay ejemplos de uso también en obras de doctrina de Perú y en jurisprudencia de Colombia.
- 5) Que si se acude a Internet con buscadores como Google o Yahoo se encuentran en el primero de ellos más de 45.000 páginas en español en las que aparece usado el vocablo *distracto*, y en el segundo alrededor de 35.000.
- 6) Que en el lenguaje forense su uso se ha renovado en ramas nuevas, como el derecho laboral, en la que es casi de empleo diario (en Google aparecen 11.000 páginas en que se habla de “*distracto* laboral”).
- 7) Que en búsquedas efectuadas en los “thesaurus” de revistas jurídicas de Argentina y Paraguay se ha podido comprobar que el vocablo *distracto* tiene plena aplicación, tanto en fallos judiciales, como en artículos de doctrina.
- 8) Que modernas obras de contratos de Perú (Manuel de la Puente Lavalle), Paraguay (Bonifacio Ríos Avalos y José Antonio Moreno Rodríguez) y Argentina (Alberto G. Spota, Fernando J. López de Zavalía y Juan Manuel Aparicio, miembro de número de la Academia de Córdoba), tratan del *distracto* y que en la propia página web de nuestra Academia aparece un artículo de Fernando J. López de Zavalía dedicado al “*distracto*”.
- 9) Que estos hechos parecen aconsejar se reincorpore el vocablo al Diccionario de la RAE, indicando que se continúa empleando en países de América.

POR TODO ELLO,

La Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina)

RESUELVE

Art. 1.- Dirigirse a la Real Academia de la Lengua solicitando se reincorpore en próximas ediciones la voz “distracto”, precisando que se emplea en Argentina, Uruguay, Paraguay y otros países de América.

Art. 2.- Solicitar al Excmo. Señor Dn. Eduardo García de Enterría, numerario de las Reales Academias de la Lengua y de Jurisprudencia, y miembro correspondiente de nuestra Academia, se encargue de diligenciar esta solicitud.

Art. 3.- Dar conocimiento de esta resolución a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, y a la Academia de Derecho de Paraguay, solicitándoles adhieran al pedido de reincorporación de la palabra “distracto”.

Art. 4.- Hacer conocer también esta resolución a la Academia Argentina de Letras.

Art. 5.- De forma.

Córdoba, 5 de abril de 2011

\*

## ANEXO II

Respuesta de la Real Academia, 12 de julio de 2011

Real Academia Española  
Unidad Interactiva del DRAE  
Madrid, 12 de julio de 2011

Sr. D. Juan Carlos Palmero

Académico Presidente

Estimado Sr. Palmero:

Nos complace informarle, desde esta nueva unidad de la Real Academia Española, de que la solicitud que nos envió a través de D. Eduardo García de Enterría, para la recuperación de la palabra *distracto* en nuestro Diccionario por ser usual en algunos países de América, ha sido, pre-

vio estudio exhaustivo, revisada y aprobada por la Comisión Delegada del Pleno de esta Real Academia, el pasado día 16 de junio.

En la próxima edición del DRAE prevista para el año 2014, podrán ver reflejadas las decisiones y acuerdos tomados por dicha Comisión, habiendo tenido en cuenta las recomendaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. En caso de que antes de dicha fecha se incorporasen al DRAE en Internet nuevas modificaciones, ésta también figuraría entre ellas, aunque, dada la intensidad de los trabajos conducentes a la finalización del Diccionario, es poco probable que el DRAE digital reciba novedades antes del 2014.

Agradeciéndole el interés prestado a nuestro Diccionario, reciba un cordial saludo.

*Silvia María Fernández Alonso*



# **EL INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y LA POSIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL <sup>1</sup>**

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ <sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. El caso “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz” y el reiterado incumplimiento de sentencias de la C.S.J.N. por la demandada. II. La posibilidad de la intervención federal por el Congreso y sus fundamentos constitucionales. III. Los proyectos de intervención federal a Santa Cruz. IV. Nuestra propuesta de intervención federal y de reglamentación del art. 6° de la Constitución Nacional. IV.1. Nuestra propuesta de intervención federal a la Provincia de Santa Cruz. IV.2. Nuestra propuesta de reglamentación de la intervención federal.

## **I. El caso “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz” y el reiterado incumplimiento de sentencias de la C.S.J.N. por la demandada**

Este caso se originó cuando la Legislatura Provincial de Santa Cruz mediante la ley 2404 de 1995, eliminó el cargo de procurador general ante el Tribunal Superior de Justicia que ocupaba Eduardo Emilio Sosa y que gozaba de estabilidad según lo dispuesto por la Constitución Provincial.

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en sesión ordinaria del día 14 de junio de 2011.

<sup>2</sup> Académico de número, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Miembro del Comité de Directores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales y Ex Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

A partir de allí comenzó una larga batalla judicial de Sosa por lograr su reincorporación al Poder Judicial de la Provincia, que ha durado más de 15 años y que ha implicado actuaciones ante el Tribunal Superior Provincial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>.

Ante el manifiesto incumplimiento de sucesivas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ordenaron la reincorporación de Eduardo Sosa a la Justicia Provincial, por parte del Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, el más alto tribunal de la Nación resolvió con fecha 14 de septiembre de 2010: 1º) ordenar a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que se investigue por quien corresponda la posible comisión de un delito de acción pública y 2º) poner en conocimiento del Congreso esta grave situación institucional que afecta los principios federales de nuestro estado constitucional<sup>4</sup>.

Adelantamos nuestra opinión en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia ha actuado en defensa de sus competencias y de los principios republicanos y federales de nuestra organización constitucional, como más adelante fundamentaremos.

En este primer punto, nos referiremos además al cumplimiento de las sentencias de nuestro más alto tribunal<sup>5</sup>. Desafortunadamente, debemos

---

<sup>3</sup> Para un análisis detallado de este caso, véase María Angélica GELLI, "El "leal acatamiento" a los fallos de la Corte Suprema y la defensa de los derechos individuales" (en el caso Sosa)", publicado en *La Ley Actualidad* del 14 de octubre de 2010, Buenos Aires. También comentó este caso Jorge Reinaldo VANOSI bajo el título "La Corte se pregunta: '¿Hasta cuándo Catilina?'" en *Jurisprudencia Argentina*, del 10 de noviembre de 2010, Buenos Aires. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue efectuada en el año 2007 por Eduardo Sosa, con el patrocinio del Dr. Daniel Sabsay y con la participación como co-peticionarios del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

<sup>4</sup> Esta sentencia es el resultado de un larguísimo trámite judicial, donde pese a las reiteradas órdenes de la Corte Suprema, no se pudo lograr la reincorporación de Sosa, con incumplimientos por parte del gobernador, de la Legislatura y del propio Tribunal Superior de Justicia local. (véase el artículo citado de Gelli, en el punto 2: "El caso 'Sosa', el reconocimiento de los derechos de éste por parte de la Corte Suprema y la supuesta afectación del federalismo", donde se efectúa un pormenorizado análisis de lo ocurrido, al que remitimos en razón de brevedad).

<sup>5</sup> Además de este caso, existen otros incumplimientos de fallos de la Corte Suprema, como los observados en materia de jubilaciones y en materia ambiental y los

analizar brevemente esta cuestión, habida cuenta de la notoria falta de calidad institucional que el tema supone, ya que el incumplimiento de sentencias judiciales importa una muy grave anomalía en el funcionamiento del Estado de derecho. Pero esto no es nuevo en nuestro país, porque es otra de las pruebas de la anomia que padecemos<sup>6</sup>.

Hay diversos antecedentes al respecto, de los que destacamos el caso “Ponce, Carlos Alberto c/ Provincia de San Luis - Acción declarativa de certeza”, que fuera fallado con fecha 24 de febrero de 2005 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre este particular, todos los ministros, con la excepción de Carmen Argibay, fueron particularmente severos en sus opiniones con respecto a las autoridades provinciales de San Luis, por sus desobediencias a las resoluciones adoptadas el tribunal<sup>7</sup>.

Por ello, luego de un análisis detenido de los incumplimientos comprobados de las medidas cautelares dictadas, a través de los distintos procedimientos legislativos y judiciales llevados a cabo por la Provincia, se dejó sin efecto lo actuado en las causas “Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis” y “Partido Justicialista - Distrito

---

ocurridos en San Luis, que luego referiremos. A ello se suman los incumplimientos de órdenes judiciales que se han producido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con motivo de las ocupaciones de inmuebles y en el marco del conflicto entre los gobiernos federal y local.

<sup>6</sup> Véase nuestra obra en coautoría con los Dres. Zovatto y Mora y Araujo, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e Idea Internacional, en México, 2005.

<sup>7</sup> Véase fallo citado, “Ponce, Carlos Alberto...”, voto en mayoría de los ministros Petracchi, Belluscio, Maqueda y Highton con la concurrencia de Lorenzetti, considerandos 13°, 14° y 15°, voto en disidencia parcial del ministro Fayt, considerandos 13° a 17° y voto en disidencia de la ministra Dra. Argibay, considerandos 7° a 10°. En el considerando 13 se expresa del voto mayoritario: “El Estado de derecho, el imperio de la ley y el ajuste a las reglas del proceso es lo que permite la solución de los conflictos. Todas estas reglas admitidas en una sociedad madura y civilizada fueron violadas en esta causa por parte de la provincia de San Luis. Los actos realizados revelan el indisimulable objetivo de frustrar el ejercicio por esta Corte de su jurisdicción constitucional, para impedir de ese modo que se preserve la supremacía de la Ley Fundamental, cuyas cláusulas estaban siendo vulneradas por las autoridades provinciales en los términos expresados anteriormente”.

San Luis c/ Municipalidad de San Luis”, tramitadas ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis y “Agente Fiscal N° 1 - Solicita declare nulidad s/medidas”, tramitadas ante el Juzgado Electoral Provincial de San Luis. A ello se sumó también la Acordada 433 del 17 de octubre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

En este aspecto, se hizo lugar a los reclamos efectuados por la Municipalidad de San Luis y se desarticuló completamente el accionar provincial, que había desconocido la autoridad de la propia Corte Suprema de Justicia en su afán de violar la autonomía municipal<sup>8</sup>.

A diferencia del caso recién mencionado, en que la Corte Suprema de Justicia pudo ejecutar su sentencia en defensa de la supremacía constitucional, aquí en este caso “Sosa” no ha ocurrido lo propio, ya que el gobierno provincial de Santa Cruz se ha negado a ello hasta la actualidad. Y aunque nunca anteriormente sus autoridades hicieron referencia alguna a cuestiones de autonomía provincial o de federalismo, ahora han invocado dichas razones para oponerse a las resoluciones del alto tribunal<sup>9</sup>, agregando que son de cumplimiento imposible<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase nuestro comentario “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, *La Ley*, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75° Aniversario, agosto de 2010.

<sup>9</sup> Véase el artículo antes citado de María Angélica Gelli, donde la prestigiosa autora explica además la competencia de la Corte Suprema para intervenir en estas cuestiones en virtud del recurso extraordinario previsto por la ley 48, a los fines de preservar la supremacía constitucional del art. 31 de la Carta Magna, frente a la violación de los derechos fundamentales de Sosa. Tal como lo indica Gelli, la introducción de la cuestión del federalismo fue efectuada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que comentamos, al poner en conocimiento del Congreso el reiterado incumplimiento de la Provincia. Por su parte, ésta recién ahora invoca equivocadamente una supuesta violación de su autonomía, por parte de la sentencia de la Corte. En relación a esto, la autora descalifica otra argumentación esgrimida, incluso por autoridades del Poder Ejecutivo federal, que han intentado sostener que se trataba de un conflicto de poderes provinciales, cuya intervención está vedada a la Corte Suprema, luego de la reforma constitucional de 1860 (confr. GELLI, art. citado, en el punto 2. “El caso ‘Sosa’, el reconocimiento de los derechos de éste por parte de la Corte Suprema y la supuesta afectación del federalismo”).

<sup>10</sup> Uno de los falsos argumentos utilizados para sostener ello fue que como el cargo de Sosa estaba cubierto por otro funcionario, no se podía reponer a aquél sin violar los derechos de éste. Agregamos que esta mención de la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia fue utilizada por los más altos funcionarios del gobierno federal y por el

En su oportunidad calificué la situación institucional como un conflicto de poderes entre las autoridades provinciales y la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup>. Pero en los días posteriores las autoridades provinciales fueron respaldadas por autoridades del Poder Ejecutivo federal, lo que aumentaría la dimensión del conflicto, como es de dominio público<sup>12</sup>.

Esta actitud debe contrastarse con la asumida por dos presidentes de Estados Unidos, en circunstancias similares, cuando dos gobernadores se negaron a cumplir la célebre sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a los derechos civiles de los negros en el caso “Brown vs. Board of Education of Topeka, Kansas” de 1954. En relación a esto, el Prof. Juan Vicente Solá recordó en su exposición ante la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación<sup>13</sup>, lo ocurrido con los gobernadores Faubus y Barnett de los estados de Arkansas y de Mississippi, en 1957 y 1962, respectivamente, bajo las presidencias de Eisenhower y de Kennedy.

En el primer caso, el gobernador Orval Faubus convocó a la Guardia Nacional para impedir que nueve estudiantes negros pudieran ingresar a

---

governador de Santa Cruz, en distintos medios de prensa, como es de dominio público. Dice al respecto Jorge R. Vanossi: “Considerar que una sentencia de la Corte no se puede cumplir es tan inadmisibile como afirmar que la Constitución encierra en su articulado contenidos que pueden ser contradictorios: el mismo tribunal ha declarado en numerosas oportunidades que la energía de la interpretación vale para superar las apariencias de contradicción; y del mismo modo se puede sostener que corresponde poner el mayor empeño para evitar la anomia del incumplimiento de una sentencia: es imprescindible que los fallos se acaten y, más aún, que se efectivicen, pues el derecho que no se realiza no es derecho (ver la cita de Ihering extraída de *La lucha por el derecho*, que inserta la Corte Suprema en Fallos 300:1282, caso “Pérez de Smith”). Confr. “La Corte se pregunta: ‘¿Hasta cuándo Catilina?’”, artículo citado de Jurisprudencia Argentina.

<sup>11</sup> En nuestro artículo de opinión titulado “Violación del federalismo”, publicado por La Nación, con fecha 16 de septiembre de 2010.

<sup>12</sup> Recuérdense las declaraciones de ministros nacionales al respecto y de la propia presidenta, que manifestó que le daría “asilo” al gobernador Peralta si la provincia era intervenida, además del acto organizado por el ex presidente Kirchner en Río Gallegos en apoyo a dicho gobernador.

<sup>13</sup> A la que fuimos convocados con fecha 13 de octubre de 2010 los profesores Eduardo Barcesat, Félix Lonigro, María Angélica Gelli, Alberto García Lema, Juan Vicente Sola y el suscrito para opinar sobre los proyectos presentados en la Cámara en relación al caso “Sosa” y la Provincia de Santa Cruz.

una escuela secundaria de Little Rock a la que asistían sólo blancos, pese a que había recibido la orden en tal sentido de un juez federal de conformidad con el fallo de la Corte antes citado. Ante ello, y no obstante las movilizaciones en apoyo al gobernador, el presidente dispuso por una orden ejecutiva que la División Aerotransportada 101 del Ejército protegiese a los estudiantes negros en su incorporación al colegio, en cumplimiento de la sentencia judicial. Cuando la cuestión llegó a la Corte Suprema, en el caso “Cooper vs. Aaron”<sup>14</sup>, se afirmó que cuando un funcionario público, como el gobernador Faubus, tomó juramento de cumplir la Constitución, ello importaba la obligación de aplicar las decisiones de la Corte Suprema.

En el segundo caso, el gobernador de Mississippi, Ross R. Barnett, impidió el ingreso de James Meredith a la Universidad de dicho Estado, pese a que la justicia lo había ordenado. Recién pudo inscribirse el alumno cuando fue acompañado por policías federales con fecha 30 de septiembre de 1962, lo que originó graves disturbios que causaron 2 muertos y decenas de heridos. Ante la situación, el presidente Kennedy ordenó la intervención del Ejército, que aseguró el inicio de las clases de Meredith al día siguiente.

---

<sup>14</sup> 1 US 358 de 1958. En este caso también la Corte Suprema reivindicó su carácter de intérprete final de la Constitución, lo que ha motivado una importante discusión en la doctrina constitucional norteamericana. Sin detenernos en la cuestión, recordamos la opinión de Tribe al respecto, donde sostiene que no debe hacerse una lectura literal de este fallo, ya que éste -además de *Marbury v. Madison*- es consistente con otro: *Katzenbach v. Morgan* y que no obstante el crecimiento del poder judicial federal, por el carácter democrático de la Constitución, también los otros poderes del gobierno federal o los Estados pueden tener la última palabra en el debate constitucional. Dice al respecto el renombrado profesor de Harvard: “*In summary: Cooper v. Aaron need not bear as literal a reading as some might accord it. Properly understood, both Cooper and Marbury v. Madison are consistent with Katzenbach v. Morgan. And it is clear that, despite the growth of federal judicial power, the Constitution remains in significant degree a democratic document -not only written, ratified and amended through essentially democratic processes but indeed open to any given time to competing interpretations limited only by the values which inform the Constitution-s provisions themselves, and by the complex political processes that the Constitution creates- processes which on various occasions give the Supreme Court, Congress, the President, or the States, the last word in constitutional debate*” (confr. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, second edition, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1988, págs. 41 y 42).

Quedó claro en consecuencia, que el Poder Ejecutivo federal colaboró con el Poder Judicial en el cumplimiento de las sentencias, ante la actitud negativa de los gobernadores. En definitiva, primó la defensa de las instituciones republicanas y constitucionales.

Exactamente lo contrario de lo que ha ocurrido aquí en este caso de la provincia de Santa Cruz, en el que la Presidencia no sólo no ha apoyado a la Corte Suprema, sino al gobierno provincial que incumple sus sentencias, con lo que ha profundizado el conflicto institucional y las severas lesiones al Estado de derecho y al federalismo argentinos. Ello también explica la resolución de la Corte Suprema de recurrir al otro poder del gobierno federal, o sea el Congreso, para que actúe en esta grave situación institucional.

## **II. La posibilidad de la intervención federal por el Congreso y sus fundamentos constitucionales**

Corresponde seguidamente observar los fundamentos que ha tenido nuestra Corte Suprema para poner en conocimiento del Congreso estos hechos, a los fines del análisis de la posibilidad de la intervención federal a la provincia de Santa Cruz.

En el considerando 7 de la sentencia, el alto tribunal sostuvo: “Corresponde al Congreso Nacional asegurar, proteger y vigilar la integridad, la autonomía y la subsistencia de las provincias, dentro de la unidad coherente del estado federal (artículos 5° y 75, inc. 31). En ese sentido, el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (artículos 5°, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República (Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1998, tomo I, p. 462). La Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a garantizar la forma republicana de gobierno (artículos 6° y 75, inc. 31), que se vería privada de la base misma que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce a esta Corte para la

resolución de las controversias con carácter final, quedando desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales”<sup>15</sup>.

Tal vez la importancia y trascendencia de la cuestión hubiera merecido un más extenso, claro y exhaustivo desarrollo de argumentos por parte del más alto tribunal. Pero tal como dice Gelli, “*Esas breves consideraciones dicen mucho*”. Y agrega: “*Se hacen cargo de una responsabilidad institucional propia y comprometen al Congreso a actuar en consecuencia de los deberes que ese otro poder del Estado tiene en orden a preservar el sistema de gobierno y de Estado en la República Argentina. Los artículos citados por la Corte, refieren a las atribuciones y deberes que la autonomía impone a las provincias (art. 5°); a la atribución del Congreso para disponer eventuales intervenciones federales (art. 75, inc. 31); a las atribuciones de la Corte Suprema y de los tribunales anteriores a ella (arts. 116 y 117) y a las causales de intervención federal en las provincias (art. 6°).*

*La Corte Suprema no mencionó expresamente el art. 31 de la Constitución Nacional pero, según lo interpreto, el tribunal aludió de manera implícita a esta norma al sostener que ‘... el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar’. En este párrafo anida la defensa de la **división de poderes federal**, entre el gobierno central del que la Corte Suprema forma parte, y las provincias federadas. Por otra parte, el art. 31 constituye uno de los pilares de recurso extraordinario federal -herramienta procesal de resguardo del federalismo, en la primera etapa del control de constitucionalidad en Argentina- según la reglamentación efectuada por el Congreso de la Nación al sancionar la ley 48”<sup>16</sup>.*

---

<sup>15</sup> Confr. “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”, C.S. S. 2083. XLI (14/9/2010). Decisión unánime de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

<sup>16</sup> Véase María Angélica GELLI, ob. cit., punto 4: “La colaboración entre poderes y la hora del Congreso”.

Por nuestra parte, y para no reiterar conceptos y normas citadas, expresamos que en el considerando expuesto y en la opinión respectiva de María Angélica Gelli, reside la fundamentación constitucional sintética sobre la posibilidad de la intervención federal a la provincia de Santa Cruz, por el grave incumplimiento de las sucesivas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Sin extendernos en todos los aspectos comprendidos en la cuestión<sup>17</sup>, no nos caben dudas que el accionar de las autoridades provinciales -con el apoyo de la Presidencia actual y la anterior<sup>18</sup>- ha violado principios y normas del sistema republicano y federal, categóricamente establecidos en los arts. 1º, 5º, 6º, 31 y concordantes de la Constitución Nacional, que habilitan al Congreso a la intervención federal del art. 6º.

Entre los requisitos que las provincias deben cumplir al sancionar sus propias constituciones, para gozar y ejercitar sus instituciones, se destacan los del art. 5º de la Ley Suprema, que establece: "... bajo el sistema representativo y republicano; de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria". Y seguidamente se indica: "Bajo de estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

No puede tampoco olvidarse, que otro de los requisitos es el respeto a la supremacía de la Constitución federal, tal como lo indica el art. 31 de la Ley Suprema<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>La brevedad de esta publicación nos impide tratar en toda su profundidad temas de gran importancia, vinculados con la teoría del federalismo, para lo cual remitimos a nuestros libros *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, especialmente en sus Caps. I sobre "Los sistemas políticos federales" y VIII sobre "Presidencialismo y federalismo en la República Argentina" y *Las emergencias y el orden constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002 y 2ª ed., México, UNAM y Rubinzal-Culzoni, 2003, en lo relativo a la intervención federal.

<sup>18</sup>Debe recordarse que el gobernador que impulsó la remoción inconstitucional de Sosa fue Néstor Carlos Kirchner, reelecto en varias oportunidades y luego electo presidente, con lo que mantuvo su influencia sobre el gobierno provincial de Santa Cruz.

<sup>19</sup>Insistimos en que la supremacía es de la Constitución Nacional, lo que no implica una interpretación de tipo unitarizante que subordina los poderes provinciales y municipales al gobierno federal. (confr. Antonio María HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, ob, cit., Cap. VI, "Las competencias en la federación argentina").

Cuando una provincia no respeta esas bases supremas del régimen federal, puede ser intervenida según lo dispuesto por el art. 6º, que menciona como la primera de las cuatro causales, la de “garantizar la forma republicana de gobierno”. El órgano habilitado para declarar la intervención federal es el Congreso, según lo dispuesto por el art. 75 inc. 31 de la Ley Suprema<sup>20</sup>.

La intervención federal del art. 6º fue prevista para situaciones extraordinarias, de verdadera emergencia institucional, cuando se afectaren los principios esenciales de esta forma de Estado, que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales<sup>21</sup>.

Este remedio político extremo, de claro sentido tuitivo de la federación como pacto de unión, faculta excepcionalmente al gobierno federal a intervenir en las provincias, para garantizar la plena vigencia de sus instituciones, dentro de los grandes principios de la federación, fijados en la Constitución Nacional. Siendo la intervención federal un instituto de emergencia, su utilización debe ser de carácter excepcional, temporaria y de alcances restrictivos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup>Esta norma fue incorporada en la gran reforma constitucional de 1994, a los fines del cumplimiento de tres de sus principales ideas fuerza como fueron la profundización del federalismo y de la descentralización del poder, el fortalecimiento del Congreso y la atenuación del hiperpresidencialismo. Como se sabe, en nuestra dolorosa historia institucional, hemos tenido 174 intervenciones federales a las provincias, que en 2/3 partes de casos, fueron efectuadas por simple decreto del Poder Ejecutivo. Ahora, por el contrario, se prescribe que en el Congreso reside esencialmente dicha facultad (véanse al respecto nuestras siguientes obras: *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Cap. III “El federalismo en la reforma constitucional de 1994”, punto 4, La intervención federal, págs. 68, y Cap. VIII “Sobre presidencialismo y federalismo”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009; *Las emergencias y el orden constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002 y 2ª ed., México, UNAM y Rubinzal-Culzoni, 2003 y “Balance de la reforma constitucional de 1994”, Buenos Aires, La Ley, 24 de agosto de 2009).

<sup>21</sup>El federalismo es una forma de Estado compleja que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales en un mismo territorio y que además tiene entre sus objetivos asegurar la unión de lo diverso, lo que importa el doble propósito de respetar ambos elementos (confr. Antonio María HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, ob. cit., Cap. I sobre “Los sistemas políticos federales”, punto I.3: Federalismo: unión y diversidad)

<sup>22</sup>Para un análisis de estas cuestiones nos remitimos a nuestra obra ya citada *Las emergencias y el orden constitucional*.

En cuanto al “sistema republicano”, como causal de intervención, debemos aclarar que debe interpretarse en su sentido más amplio, pues comprende no sólo lo estrictamente considerado como “republicano”, o sea la división y equilibrio de los poderes, el gobierno del pueblo, la vigencia de la libertad y la igualdad, la libertad de prensa, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la publicidad de los actos de gobierno -entre otros aspectos-, sino también el cumplimiento de los requisitos antes citados de los arts. 5º y 31 de la Constitución Nacional. Esto último importa el respeto de los principios y valores de la forma de Estado federal, que como bien se ha definido es una “unión indestructible de estados indestructibles”<sup>23</sup>, en base a un *pactum foederis*, que exige una cierta “lealtad” para el gobierno compartido por parte de los diversos órdenes estatales, bajo el imperio de una Constitución<sup>24</sup>.

Para comprender la inescindible relación entre los principios y valores republicanos y federales, es conveniente recordar a James Madison, el más importante de los constituyentes de Filadelfia, en los “Federalist Papers”<sup>25</sup>. Allí sostuvo que la república federal significaba una doble

---

<sup>23</sup>Como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el célebre caso “Texas v. White”, fallado luego de la Guerra de Secesión, donde triunfara el Norte antiesclavista liderado por el presidente Lincoln y que fuera seguido por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia.

<sup>24</sup>Véanse las distintas definiciones de federalismo como forma de Estado y sus elementos distintivos en nuestra obra citada *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Cap. I “Sistemas políticos federales”, punto 7 sobre “Conceptos y características esenciales de los Estados federales”, págs. 14/16, donde citamos a Alexander Hamilton, Karl Loewenstein, Daniel Elazar, John Kincaid, Ronald Watts y Segundo Linares Quintana. Por su parte, han destacado la relación entre Constitución y federalismo autores como Carl Friedrich, Kenneth Wheare, y Daniel Elazar, entre otros (confr. *Federalismo y constitucionalismo provincial*, ob. cit., Cap. I, punto 3 sobre “Federalismo, República, Constitución y democracia”, págs. 6/8).

<sup>25</sup>Los *Federalist Papers* constituyeron la primera exposición sobre el federalismo como nueva forma de gobierno y de Estado, con una clara concepción liberal de división y limitación de los poderes dentro del Estado y de afirmación de los derechos de los ciudadanos. La influencia de esta obra ha sido fundamental en la historia del pensamiento político y constitucional universal y también nos alcanzó, a través de Alberdi y por su intermedio, de los constituyentes de 1853, que nos legaron la constitución histórica. Pudo además ser conocida por otros precursores de la idea federal, como José Gervasio de Artigas y Manuel Dorrego.

garantía para la libertad y derechos de los ciudadanos, pues por una parte se limitaba el poder por los controles entre los diversos órdenes gubernamentales y se impedía el peligro de las facciones y por la otra, mediante el federalismo, se ampliaba además la participación popular en las distintas esferas de gobierno: federal y estatales<sup>26</sup>.

Hemos oportunamente afirmado por nuestra parte que hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder<sup>27</sup>.

Esta línea de pensamiento también sirve para observar la estrecha vinculación entre los dos primeros requisitos del art. 5º: el sistema representativo y republicano y la conformidad con las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, con la idea y garantía federal expresada en el art. 6º y especialmente en la primera causal de intervención.

Y con respecto a ésta, o sea para “garantizar la forma republicana de gobierno”, precisamos que este amplio concepto comprende como lo anticipamos, la división y equilibrio de los poderes. Pero no se trata solamente de la división horizontal de los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) del orden estrictamente provincial. También aquí el concepto es amplio y abarca a la división vertical del poder, propia del Estado federal y aun a la división entre poder constituyente y poder constituido.

---

<sup>26</sup> Confr. Alexander HAMILTON, James MADISON, John JAY, *The Federalist Papers*, editado por Clinton Rossiter con Introducción y notas de Charles R. KESLER, *A Signet Classic*, New York, 2003, arts. N° 10 y 51, de James Madison, donde está expuesto lo que se ha denominado como “democracia madisoniana”.

<sup>27</sup> Véase *A Global Dialogue on Federalism*, volume 3, “Legislative, Executive and Judicial Governance in federal countries”, Edited by Katy Le Roy and Cheryl Saunders, Forum of Federations and International Association of Centers for Federal Studies, McGill-Queen-s University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca, 2006, Republic of Argentina, Antonio M. Hernández, pág. 7 y ss. También allí reflexionamos sobre la cuestión en relación a nuestro país, poniendo de relieve el inadecuado funcionamiento del sistema constitucional y por tanto, de las instituciones republicanas y federales. El problema central a nuestro juicio es la falta de división y equilibrio de los poderes tanto en el orden federal como en el provincial. En consecuencia, son el presidente y los gobernadores los reales detentadores del poder político. Pero a ello se agrega el predominio del presidente y del gobierno nacional sobre los gobernadores y las provincias, que producen una centralización del poder, alejada de los principios constitucionales (pág. 31).

Deteniéndonos en la división vertical, recordamos anteriormente a Madison y ahora a Loewenstein<sup>28</sup>, que analizó los controles horizontales y los verticales del poder, incluyendo entre éstos al federalismo, por “*el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el estado miembro, y a la inversa*”.

Más recientemente, Tribe ha destacado el carácter dual de estos modelos de poder separados y divididos, pues a través de ambos (legislativo-ejecutivo y judicial por un lado y federal-estatal por el otro) y con interdependencia institucional, es como mejor se sintetiza la idea americana de proteger la libertad fragmentando el poder<sup>29</sup>. Y en torno de esto último, el constitucionalista de Harvard cita un voto del *justice* Scalia, sobre la importancia central de la dispersión del poder en el esquema de formación de un gobierno con poder suficiente para cumplir los propósitos fijados en el Preámbulo de la Constitución, para asegurar las bendiciones de la libertad, en lugar de un uso tiránico del poder<sup>30</sup>.

En el caso “Sosa” que analizamos, es evidente que existe un conflicto de poderes entre las autoridades legislativas y ejecutiva de la provincia de Santa Cruz con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el incumplimiento reiterado de sus sentencias.

La Corte Suprema de Justicia es la cabeza de uno de los tres altos poderes del gobierno federal y es elemental en un sistema republicano

---

<sup>28</sup> Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.

<sup>29</sup> Laurence H. TRIBE, ob. cit., Cap. II The model of separated and divides Powers, pág. 20, donde el autor expresa: “...*Thus, along both dimensions, that of federalism as well as that of separation of powers, it is institutional interdependence rather than functional independence that best summarizes the American idea of protecting liberty by fragmenting power*”.

<sup>30</sup> El *justice* Scalia sostuvo en su voto en el caso “*Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils S.A.*”, 107 S.Ct. 2124 (1987): “...*Such dispersion of power was central to the scheme of forming a government with enough power to serve the expansive purposes set forth in the Preamble of the Constitution, yet one that would “secure the blessings of liberty” rather than use its power tyrannically*” (confr. Laurence H. TRIBE, ob. cit., pág. 20, nota 10).

que sus sentencias se cumplan<sup>31</sup>. Por otra parte, es indiscutible la competencia del alto tribunal en materia federal, según lo dispuesto por los arts. 116 y 117 de la Ley Suprema, que por cierto obliga a las provincias<sup>32</sup>.

En este caso concreto, el incumplimiento de las sentencias de la Corte también implica un desconocimiento del art. 31 de la Constitución Nacional, que ha establecido la supremacía del ordenamiento federal, con sus principios y normas. En consecuencia, esto implica que se ha afectado la forma republicana de gobierno y la forma federal de Estado, por parte del gobierno provincial.

Asimismo, se han incumplido los dos requisitos del art. 5º: el del sistema republicano, porque se desconoció la estabilidad constitucional de un alto funcionario judicial como Sosa, lo que afectó la independencia del Poder Judicial provincial; y la conformidad con las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, ya que se violaron los derechos constitucionales de Eduardo Sosa a permanecer en su cargo, tal como fuera reconocido por fallos de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación e incluso del Tribunal Superior de la Provincia.

En definitiva, consideramos que la gravedad institucional de los hechos producidos por el gobierno provincial, indican el desconocimiento de

---

<sup>31</sup> Para un amplio análisis de la importancia institucional de la Corte Suprema en el sistema federal argentino, véase a Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1963, t. X, pág. 441 y ss. Allí constan las opiniones de juristas y hombres de Estado como Alexander Hamilton, Domingo Faustino Sarmiento, Dalmacio Vélez Sársfield, Joaquín V. González y José Manuel Estrada, entre otros. Por otra parte, es incuestionable la trascendencia del rol que cumplen las Cortes Supremas o Cortes Constitucionales en los distintos regímenes federales, como se observa en el derecho comparado. En referencia concreta a la intervención federal, Juan Vicente Sola -en la antes mencionada Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación-, recordó la distinción efectuada por Rafael BIELSA (en su obra *Derecho constitucional*, 3ª ed., pág. 605) entre las de tipo: a) política, ejercida por el Congreso y excepcionalmente por el presidente, de acuerdo al art. 6º, y b) jurisdiccional, cuando la Corte Suprema examina la constitucionalidad de la legislación local para asegurar el imperio de la Ley Suprema Federal. Y por eso, agregamos nosotros, el jurista rosarino consideraba a la Corte Suprema como el más “nacional” de los poderes.

<sup>32</sup> Muy tempranamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana se estableció que sus fallos podían obligar en materia federal a los Estados de la Unión, en el caso “Martin v. Hunter-s Lessee” (14, U.S. 304), fallado en 1816, con la redacción del *justice* Joseph Story.

la forma republicana de gobierno y de principios y normas del régimen federal, que obligan a la intervención federal prevista en el art. 6° para garantizar su vigencia, por parte del Congreso de la Nación y por los fundamentos constitucionales expresados<sup>33</sup>.

### **III. Los proyectos de intervención federal a Santa Cruz**

En la Cámara de Diputados de la Nación fueron presentados tres proyectos de leyes que disponen la intervención federal a la provincia de Santa Cruz por los hechos que analizamos, en virtud de lo dispuesto por el art. 6° de la Constitución, para garantizar la forma republicana de gobierno. Estos están en tratamiento en la Comisión de Asuntos Constitucionales.

El primero de ellos fue el N° 6753 del 14 de septiembre de 2010, de autoría de los diputados Gerardo Milman y Margarita Stolbizer, dispone la caducidad de los mandatos del gobernador y vicegobernador (art. 3°), un plazo máximo de 90 días de la intervención (art. 5°) y convocatoria a elecciones dentro de los 60 días de asumidas sus funciones por el Interventor (art. 5°).

El segundo, N° 6772 del 15 de septiembre de 2010, de autoría de los diputados Oscar Aguad, Ricardo Gil Lavedra y otros miembros del Bloque de la UCR, establece la intervención federal con los estrictos alcances establecidos (art. 1°), para remover de su cargo al actual agente fiscal de la provincia, Dr. Claudio R. Espinosa, y reponer en esas funciones al Dr. Eduardo Emilio Sosa (art. 2°), lo que será garantizado por el procurador general de la Nación (art. 3°).

El tercer proyecto, N° 6780 del 15 de septiembre de 2010, de autoría de la diputada Laura Alonso, declara alterada la forma republicana de

---

<sup>33</sup>Tal como lo expresamos en la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación, en la reunión respectiva y en el artículo de opinión en La Nación, antes citados. También defendieron en aquella oportunidad la intervención federal a la provincia, los profesores Alberto García Lema, María Angélica Gelli y Juan Vicente Sola, con sólida fundamentación. El primero de ellos -con quien tuvimos el honor de integrar la Convención Nacional Constituyente de 1994-, dijo además que la ley de intervención federal no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo.

gobierno en la provincia (art. 1º) y dispone la intervención federal del Poder Ejecutivo por 5 días para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Suprema.

También fue presentado un Proyecto de Resolución, N° 6925, de autoría de los diputados Blanca Blanco de Peralta, Patricia Fadel y de otros miembros del Frente para la Victoria, que dispone: “Mantener su preocupación por la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los autos “Sosa Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz s/ Recurso de hecho” de fecha 14 de septiembre de 2010 y rechazar todo planteo o solicitud de intervención federal de la provincia de Santa Cruz en relación a los autos citados” (art. 1º).

En los fundamentos de este proyecto se hace referencia a la “imposibilidad de cumplimiento de lo exigido por la Corte Suprema”, recordándose lo que había sostenido oportunamente el Tribunal Superior de Justicia provincial, que dispuso la sustitución de la reincorporación de Sosa por una indemnización, pues no se podían retrotraer las cosas al momento en que se dictó la ley 2404. Y posteriormente se menciona la opinión del gobernador, que sostuvo que no podía avasallar las atribuciones legislativas en el régimen de nombramiento de los funcionarios judiciales y que la Legislatura no había dado tratamiento a su pedido de cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Luego se indica que no está afectado el funcionamiento de las instituciones provinciales por el caso Sosa y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado actos fuera de su competencia, pues no puede intervenir en conflictos de poder provinciales, de acuerdo a la reforma de 1860<sup>34</sup>. Por consiguiente, se acusa a la Corte Suprema de violar el régi-

---

<sup>34</sup> Este tema fue especialmente analizado por María Angélica Gelli en su trabajo antes citado. Por nuestra parte, creemos que dicha reforma de 1860 con criterio descentralizador modificó acertadamente la competencia que el texto originario de 1853 acordaba a la Corte Suprema para resolver los conflictos internos provinciales, como también la competencia del Congreso para revisar las constituciones provinciales o efectuar el juicio político a los gobernadores (confr. nuestra obra citada *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Cap. II “El federalismo argentino y sus orígenes”, punto 3, “El federalismo en la reforma de 1860”, pág. 40 y ss.). En este caso no se trata de un conflicto de poderes en la provincia, sino de las autoridades provinciales con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo hemos sostenido reiteradamente.

men federal argentino<sup>35</sup>. Asimismo se citan fallos de dicho tribunal y otras opiniones para rechazar la posibilidad de la intervención federal a la provincia.

#### **IV. Nuestra propuesta de intervención federal y de reglamentación del art. 6° de la Constitución Nacional**

Por nuestra parte, y como lo propusimos en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación antes citada del 13 de octubre de 2009, el Congreso debe: 1) declarar la intervención federal “mediadora” para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema y sólo ante su fracaso, disponer la intervención a los poderes Ejecutivo y Legislativo provinciales, con las modalidades que se expresarán y 2) sancionar posteriormente una ley reglamentaria de la intervención federal prevista en el art. 6° de la Constitución Nacional.

##### *IV.1. Nuestra propuesta de intervención federal a la provincia de Santa Cruz.*

Tal como lo sostuvimos, la intervención federal es un instituto de emergencia, al cual se deben aplicar las pautas de limitación y control de éstas<sup>36</sup>, sin olvidar que la autonomía de las provincias es consustancial a nuestra federación, por lo que cualquier afectación debe ser de carácter excepcional, temporaria y de alcances restrictivos<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>Dice textualmente el Proyecto en sus Fundamentos: “... La Excma. Corte se está inmiscuyendo en una cuestión sobre la cual no tiene jurisdicción e invadiendo la esfera de actuación propia de la Provincia de Santa Cruz en violación al régimen federal de gobierno”.

<sup>36</sup>Que de manera general señaló hace décadas Germán BIDART CAMPOS, en su *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, págs. 166/7).

<sup>37</sup>En nuestro artículo “Novedosa jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Corrientes sobre los límites constitucionales de las atribuciones del

Por ello consideramos que la intervención federal en la provincia de Santa Cruz debe ser “mediadora”. Esto significa volver a una práctica institucional que fue utilizada en las primeras décadas de nuestra vida constitucional y que consistía en el envío de representantes del gobierno federal que tenían la misión de resolver los problemas planteados, sin sustituir a las autoridades provinciales electas por el pueblo<sup>38</sup>.

La misión mediadora del interventor federal ante el gobernador y la Legislatura debe procurar a la brevedad posible el cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que ordenan la reincorporación de Eduardo Sosa en su cargo de procurador general. Para ello es necesaria la sanción de la legislación respectiva por parte de la Legislatura, pues dicho cargo fue suprimido por ella y luego efectuarse la designación pertinente por parte de las autoridades provinciales. Creemos que el plazo de esta intervención no debería exceder los 30 días, pues para nosotros ello es más que suficiente para implementar la solución ordenada por la Corte Suprema, que requiere esencialmente el cambio de actitud por parte del oficialismo gobernante en la Provincia.

Si esa mediación fracasase, pues el gobernador y la mayoría legislativa oficialista insistiesen en el incumplimiento, el Congreso no tendría otro camino que disponer la intervención federal sustitutiva del Ejecutivo y del Legislativo, para garantizar la forma republicana de gobierno y obe-

---

interventor federal”, Suplemento La Ley, Constitucional, Buenos Aires, 22 de agosto de 2006, pág. 64, también reproducido como Cap. XVI de nuestra obra citada *Federalismo y constitucionalismo provincial*. Además véase nuestra obra ya citada, *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones, en lo relativo a la intervenciones federales.

<sup>38</sup> Juan Vicente SOLA, en su obra *Intervención federal en las provincias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, recuerda que dicha práctica rigió hasta 1883, en que por ley 1282 de intervención federal en la provincia de Santiago del Estero, se dispuso por primera vez la sustitución o suplantación parcial de las autoridades provinciales. Y señala que la sustitución o suplantación por el interventor federal de los tres poderes provinciales ocurrió por vez primera en 1904, mediante la ley 4307 de intervención a la provincia de San Luis. En nuestro Proyecto de Ley de Régimen para la intervención federal a las provincias, presentado el 3 de junio de 1992, Expte. 1.019-D-92, en nuestro carácter de diputado de la Nación, destinamos el Título II, a la regulación de la intervención mediadora (confr. Antonio María HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, ob. cit., Apéndice III, donde se transcribe el proyecto, pág. 519 y ss.)

decer a la Corte Suprema de Justicia. Ello podría hacerse con dos variantes: o una intervención sustitutiva transitoria de 15 días, para que el interventor federal cumpla con la reincorporación de Sosa, sin perjuicio de que luego continúen las autoridades provinciales en el ejercicio de sus cargos, como antes ocurriera en nuestra historia institucional<sup>39</sup>; o la intervención sustitutiva definitiva del Ejecutivo y Legislativo provinciales, que implicaría el llamado inmediato a elección popular de dichos cargos, una vez cumplida la reincorporación de Sosa y que requeriría de un mayor tiempo de intervención.

Como se advertirá, se trata de una compleja decisión política que deberá tomar el Congreso, para asegurar los principios republicanos y federales, ante la grave situación institucional planteada por las autoridades de la Provincia de Santa Cruz.

Debe tenerse presente además, lo vinculado a la responsabilidad tanto jurídica como política por parte de las autoridades provinciales que provocaron este conflicto de poderes. Recuérdese en tal sentido que existe una investigación penal sobre el gobernador de la Provincia, acorde a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

Confiamos en que el Congreso esté a la altura de sus grandes responsabilidades en esta instancia, pues el incumplimiento de sentencias de la Corte Suprema de Justicia por parte de esta provincia, constituye una herida abierta al cuerpo de la República y de la Federación. Pero si el cuerpo legislativo no actúa, ello no significa que la Corte Suprema se deba resignar en su cometido de hacer justicia, ya que cuenta con otros instrumentos para hacer cumplir sus sentencias<sup>40</sup>.

Se trata en definitiva, de afirmar el gobierno de las leyes en lugar del capricho personal y autoritario de los ocasionales gobernantes, de acuerdo a los principios del estado constitucional y democrático de derecho.

---

<sup>39</sup> Como también lo recuerda Juan Vicente Sola en su obra citada, citando los casos de Mendoza en 1918 y de San Luis en 1919.

<sup>40</sup> Jorge R. Vanossi hace referencia a “los remedios consabidos” del derecho comparado: las “astreintes” o penalidades diarias del derecho francés, recogidas por el Código Civil en el art. 666 bis o la “doctrina del Contempt of Court” que emana de la Sala Judicial de la Cámara de los Lores británica, ante una desobediencia o desacato (confr. “La Corte se pregunta: ‘¿Hasta cuándo Catilina?’”, artículo citado de Jurisprudencia Argentina.

#### IV.2. Nuestra propuesta de reglamentación de la intervención federal

La intervención federal fue prevista en el art. 6° del texto originario de la Constitución Nacional, sancionado en 1853, pero su redacción vigente proviene de la reforma constitucional de 1860. Allí se aseguró la participación provincial a través de la requisición, según propuesta de carácter autonomista defendida por Domingo Faustino Sarmiento en nombre de la provincia de Buenos Aires, recientemente incorporada a la Federación.

Además estuvo presente en el ánimo de los constituyentes el recuerdo sobrecogedor de la reciente intervención federal de 1857 a la provincia de San Juan, que produjera la batalla del Pocito, donde en defensa de la autonomía provincial, fuera muerto el gobernador Antonino Aberastain, mostrando el sino trágico de esta institución, desde sus momentos liminares<sup>41</sup>.

Posteriormente, la práctica institucional mostraría un alejamiento del espíritu y letra constitucionales y este instituto serviría en no pocas oportunidades para la centralización política del país y la afectación del federalismo y las garantías individuales.

Recuérdese en tal sentido, el enorme número de intervenciones producidas<sup>42</sup>, que en sus 2/3 partes fueron efectuadas por simple decreto del presidente, en una demostración más de nuestro “hiperpresidencialismo”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Escribió Arturo M. Bas en su obra *El derecho federal argentino*, Buenos Aires, Abeledo, 1927, t. I, pág. 129) que “*Detrás de la garantía acordada por el artículo 5, detrás de la sanción legal del art. 6, había según la expresión del general Mitre ‘un crimen y un espectro’, el crimen era la catástrofe sangrienta del Pocito y el espectro, el cadáver del doctor Aberastain*” (confr. nuestra obra *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones citadas, en lo relativo a las intervenciones federales).

<sup>42</sup> Que superan el número de 160, mientras que en otros países federales, sobran los dedos de una mano para contarlas (confr. nuestra obra *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones ya citadas, en lo relativo a intervenciones federales. En la nota 21 mencionamos la enumeración que efectúa Juan RAFAEL en su obra *El federalismo y las intervenciones nacionales* (Buenos Aires, Plus Ultra, 1982).

<sup>43</sup> Véase el Cap. VIII “Sobre presidencialismo y federalismo en la República Argentina” de nuestra obra *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pág. 259 y ss.

Además -y sin detenernos por razón de brevedad- repárese en el tiempo de las intervenciones -que en lugar de extenderse por períodos muy breves se extendieron por años-; o en el alcance de las facultades de los interventores -que de administración o conservación se convirtieron en las correspondientes ordinariamente al gobernador-; o en las clases de intervenciones ocurridas, que en vez de ser parciales (sólo a algunos de los llamados poderes políticos, ejecutivo y legislativo) fueron totales (a los tres poderes, con la inclusión del Poder Judicial) o parcial sólo dirigida a este último, con lo que se afectó su independencia<sup>44</sup>.

Por ello pensamos en la conveniencia de reglamentar dicho art. 6º, tal como lo hicimos al presentar un Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados de la Nación en 1992, con el objetivo de impedir para el futuro las graves lesiones producidas a nuestra Ley Suprema por el mal uso de este instituto de emergencia, que en opinión de Pedro J. Frías, se constituyó en el “lamento clásico” del federalismo.

El proyecto consta de dos títulos, el I destinado a la intervención federal y el II a la intervención mediadora. Destacamos inicialmente la importancia que le asignamos a este título sobre la intervención mediadora, pues estimamos necesario volver a la práctica y vigencia de esta institución que funcionara en los primeros años posteriores a la sanción de la Constitución originaria, con el fin de facilitar la solución consensuada de los conflictos institucionales y reducir la intervención que sustituye las autoridades electas por el pueblo.

A su vez, el Título I se divide en los siguientes 4 capítulos. El I sobre la Declaración de la intervención, que atribuimos sólo al Congreso, reunido en Asamblea. El Cap. II sobre los fines, causas y alcances de la intervención, donde se precisan cuestiones esenciales como el significado de garantizar la forma de gobierno republicano, la determinación de las funciones y atribuciones del interventor o el plazo de la intervención que no puede exceder los 10 meses, etc. El Cap. III sobre el interventor federal, donde se limitan sus funciones a las de administración y se le impide

---

<sup>44</sup> Véanse nuestras obras *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones, donde analizo las intervenciones federales y los fundamentos de nuestro Proyecto de Ley de Régimen para la intervención federal a las provincias, obrante en el Apéndice de nuestro *Federalismo y constitucionalismo provincial*, pág. 524 y ss.

ejercer funciones judiciales o intervenir los municipios, además de la obligación de rendir informes ante una Comisión Bicameral creada por el Congreso. Y el Cap. IV sobre dicha Comisión Bicameral de Seguimiento y Control de la intervención, que deberá estar integrada por 7 miembros de cada Cámara y que tendrá como funciones seguir y controlar el desempeño del interventor federal e incluso ordenar el cese de la intervención o la remoción del interventor federal.

En definitiva, en base a este proyecto y a los que se han presentado a lo largo de la historia -según referimos en los Fundamentos del Proyecto-, el Congreso podría sancionar una normativa que se adecue estrictamente al espíritu y valores federales de nuestra Ley Suprema.

También recordamos que la reforma constitucional de 1994 -que tuviera como una de sus ideas fuerza la profundización del federalismo-, atribuyó al Congreso la competencia para la intervención federal en el art. 75 inc. 31 y aunque el Poder Ejecutivo puede decretarla en receso de aquél por el art. 99 inc. 20, en el mismo acto debe convocar a aquél a sesiones extraordinarias para el tratamiento del tema.

Resulta evidente que dicha legislación significaría un límite adecuado para modificar nuestra realidad institucional y política, que indica que los interventores federales han gozado de mayor poder incluso que los gobernadores y que además han carecido de controles adecuados por parte de las autoridades federales<sup>45</sup>.

Se trata, finalmente, de cambiar para cumplir el gran proyecto federal inserto en la Constitución Nacional, en lugar de continuar con la decadente centralización y anomia que nos caracteriza.

---

<sup>45</sup> Véase nuestro artículo "Novedosa jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Corrientes sobre los límites constitucionales de las atribuciones del interventor federal", antes citado, nota 34. Allí hacemos también referencia a la necesidad de un mayor control legislativo por parte de una Comisión Bicameral y a un más profundo control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.

**ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL**  
**(y otros abusos en torno de la sociedad concursada,**  
**como invitación al trabajo interdisciplinario) <sup>1</sup>**

por EFRAÍN H. RICHARD<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Agradecimiento. II. El centro de nuestra posición. III. El abuso del derecho. IV. Revista rápida de abusos del proceso concursal en caso de crisis de sociedades. V. Abuso del proceso concursal contra normas imperativas del sistema societario de organización de la deudora.

## **I. Agradecimiento**

Agradecemos las referencias formalizadas en su notable informe por el colega Edgar Baracat, específicamente en relación con nuestra posición que destaca como una corriente doctrinaria diferente de la tradicional “concurralista” -que a su vez tiene muchos y diferentes matices-. Ello puede verse en el libro del *XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Para repensar el proceso, revisemos los principios - En homenaje a los doctores Rolando Arazi y Jorge E. Vázquez Rossi - Ponencias generales* <sup>3</sup>. Nuestra comunicación “El abuso del proceso

---

<sup>1</sup> Exposición en sesión ordinaria del 27 de junio de 2011.

<sup>2</sup> Académico de número. Director del Instituto de la Empresa.

<sup>3</sup> Edgar BARACAT, ponencia “Mutaciones en los principios concursales. Universalidad, unicidad, atractividad y paralización. Impugnaciones extraconcursoales de resoluciones concursales. El derecho concursal poscrisis global”, en *XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Para repensar el proceso, revisemos los principios*, Santa Fe, junio de 2011, pág. 387.

concurstal” fue entregada el mismo día de su exposición e incorporada a la página electrónica del Congreso y de esta Academia.

A su vez, las diferencias -en cuyo desarrollo se ayuda a construir o reconstruir el sistema-, pueden verse en las respetuosas y cordiales polémicas que sostenemos con distinguidos juristas amigos, incorporadas también a la página de esta Academia.

## II. El centro de nuestra posición

Nuestras referencias al uso abusivo del proceso concursal, lo es en relación a los concursos de sociedades comerciales, por cuanto advertimos que se marginan las normas imperativas de su propio sistema de organización. Elegida por la autonomía de la voluntad esa estructura organizativa personificada, elaborado libremente su estatuto dentro del amplio espectro del tipo, dotada patrimonialmente del capital que los socios consideraron conveniente, la sociedad comporta un extraordinario instrumento para la actividad productiva, que no puede ser abusada ni usada abusivamente para generar daño a terceros<sup>4</sup>. Preconizábamos una tesis, ahora avalada por la Corte Suprema, que la ley societaria contiene

---

<sup>4</sup> Ntro. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, N° 2008-3, págs. 191 a 246. Sobre un aspecto similar, económico pero tratado desde las universidades aunque lo avizoramos desde un ángulo inverso: el uso de los criterios académicos por los aprovechados, se ha dicho que *“el sector financiero corrompió a la academia y muchos docentes apoyaron la desregulación de los mercados... los centros educativos dieron forma al sistema de valores de Wall Street, creando una plataforma de legitimidad para determinadas conductas. Contra esa corriente, antes del estallido de la crisis, Thunderbird empezó a promover una especie de juramento hipocrático entre sus alumnos a través del cual éstos se comprometen a usar sus conocimientos para crear valor y no para destruir... Hay una cultura de libre mercado en la que está bien que ganes todo el dinero que puedas... Sauquet cree que una lección a aprender por las escuelas es dar más voz a la diversidad: Aquellos que han sido más escépticos con las prácticas financieras no se han dejado oír lo suficiente, no han hecho de la cautela una bandera más clara. ¿Pero quién se atreve en una fiesta a apagar la música y llevarse el carrito de las bebidas”*, David FERNÁNDEZ, “Wall Street con respaldo académico”, de El País, Madrid, en La Voz del Interior, Temas, domingo 5 de junio de 2011, pág. 4 F.

normas imperativas para solucionar las crisis económico-patrimoniales, además de bajo coste de transacción y que evitan la saturación del sistema judicial.

No hay ley de concursos que pueda solucionar el problema de las crisis societarias -normalmente así organizada la gran empresa- si no se atiende la cuestión por aplicación de las previsiones de la legislación societaria específica.

Nos separamos así de alguna doctrina concursalista que intenta independizar las normas de la Ley de Concursos y Quiebras del resto del sistema jurídico, apoyándose sólo en aspectos procesales -que suelen dilatar los tiempos preclusivos de aquella ley-, generando un uso desviado de la técnica societaria.

Así, esta es una invitación al trabajo interdisciplinario de los investigadores del derecho privado patrimonial negocial junto a los concursalistas, rescatando la aplicación de los principios generales del derecho, tanto los contenidos en el derecho público como en el privado.

### **III. El abuso del derecho**

La problemática sustancial del abuso de derecho impone recordar la posición de nuestro presidente honorario el Dr. Luis Moisset de Espanés. Su aplicación al derecho procesal lo señala nuestro académico Roberto G. Loutayf Ranea en *Proscripción del abuso del derecho en el proceso civil*.

1. No ingresaremos en algunos “Abusos marginales para acceder al proceso concursal”, que hemos destacado en aquella comunicación, como el concurso -o quiebra propia- de “consumidores”. Discrepamos que el proceso concursal deba ser usado para atender esas crisis<sup>5</sup>, e intentar

---

<sup>5</sup> Ntro. “Concurso del consumidor: bien jurídico tutelable” con Melisa VOISARD, comunicación a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República (Córdoba, 16/17 de junio de 2009) publicado en Ensayos de Derecho Empresario N° 5, pág. 297.

después de un año liberar integralmente el salario afectado. Desde los tratados internacionales que protegen la vivienda y el salario, y el abuso en el otorgamiento de crédito<sup>6</sup> que absorbe la totalidad del salario, se advierten tendencias que tienen a desmoralizar al acreedor que peticione la quiebra de esos deudores, imponiéndoles las costas ante la insuficiencia de activo para satisfacer las costas del juicio, mientras alguna jurisprudencia racionaliza la cuestión considerando que el salario debe considerarse como bien y aplicarse al pago de las costas generadas. También se alzan voces en torno de las modalidades de la rehabilitación<sup>7</sup>.

Nuestra visión implica una inmediata solución precautoria, devolviendo al deudor el goce de su salario, sin perjuicio de mantener afectada una parte de éste a la atención de sus pasivos.

Este tema es una invitación a meditar a los especialistas en la integración de los tratados internacionales a nuestro derecho constitucional y a los jueces.

2. También para meditar con procesalistas y con la judicatura, apuntamos que resulta tradicional considerar abusiva la petición de quiebra por un acreedor como supuesta forma de cobro individual<sup>8</sup>. De ello se está reaccionando con equilibrio: entender que esa petición es en benefi-

---

<sup>6</sup> Eduardo N. CHIAVASSA y Efraín H. RICHARD, “Responsabilidad por abuso crediticio”, en libros de ponencias del I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras, editado por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora “Dr. Ángel M. Mazzetti” y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2007, t. II, pág. 655.

<sup>7</sup> Ante la inexistencia de activo, se impusieron las costas al peticionante de la quiebra en jurisdicción de Rosario, en las causas: “Bello, Adalberto s/ petición de quiebra” por la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario el 16 de agosto de 2005, y en la causa “Peláez, Ricardo s/ quiebra” en agosto 2007. Reaccionando la juez Paola Sanzó en la causal “Servidio, Marta s/ quiebra”, el 17 de octubre de 2008 se opuso al levantamiento del embargo sobre el salario de la fallida mientras no se satisficieran las costas. Silvana GARCÍA, *Extinción de las obligaciones por la quiebra*, Buenos Aires, Astrea, 2010.

<sup>8</sup> Ntro. “No hay que fomentar el incumplimiento (sobre la petición de quiebra por acreedor)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 280 marzo 2011, Buenos Aires, Errepar, año XXIV, t. XXIII, pág. 309, y la jurisprudencia y doctrina allí citados.

cio de todos los posibles acreedores, evitando que en cesación de pagos un deudor siga contaminando el mercado e imponer que la crisis sea asumida tempestivamente, atendiendo a que si bien el acreedor no puede pedir sino la quiebra, el deudor puede pedir la conversión de ésta en concurso preventivo. Y en cuanto al uso abusivo se elimina descartando la posibilidad de que el depósito en pago o embargo pueda ser dispuesto por el acreedor peticionante, declarando la incompetencia del tribunal.

#### **IV. Revista rápida de abusos del proceso concursal en caso de crisis de sociedades**

Centremos ahora la visión en aspectos abusivos en conductas vinculadas al concurso de sociedades -aunque en algunos supuestos pueden generalizarse-:

##### *1. Cambio de domicilio social (forum shopping)*

1.1. La elección del fuero, que ya ha sido bautizada por su reiteración como *forum shopping* para concursar preventivamente<sup>9</sup>, como forma de elegir jurisdicción con antecedentes jurisprudenciales adecuados al plan de insolvencia concebido -como veremos más adelante- apuntando a la opinión de un penalista con trasvasamientos, desaparición de libros, stockeo, intervención de sociedades constituidas en el extranjero, extrañas intervenciones de terceros, etc. En la planificación del concurso, alejándose de las soluciones específicas societarias que son ignoradas, algunas sociedades -ya muchas- buscan alejarse de sus acreedores, con mejores escenarios para presentar propuestas predatorias. Se trata de cambiar de domicilio social sin justificación “justificada”. La interpretación de la ley debe hacerse en pos de evitar la burla a los acreedores a través de

---

<sup>9</sup> Carlos E. MORO, “*Forum shopping* = nulidad”, en *El Derecho*, 25 de noviembre de 2010, E.D. 240, año XLVIII, donde hace referencia a nuestro artículo “¿Abusos en el proceso concursal?”, ya referido, L.L. 24/12/08, pág. 1 y ss., y señala muchos de otros ensayos nuestros conforme la “prédica” que cordialmente nos atribuye.

la fijación de un domicilio que les dificulte el acceso a la jurisdicción en tutela de sus créditos, pero no limitando innecesariamente la libertad empresarial de la sociedad para fijar su sede donde le sea funcional. La cuestión es importante porque hay más de un fallo sobre ese aspecto, como el de la C.S.J.N., 27/10/88, *in re* “San Nicolás Refrescos S.A. s/ pedido de quiebra por lucro, Hilario Federico”<sup>10</sup>, aunque en los más recientes se vislumbra que la cuestión pasa más por el abuso.

Desde antiguo la Corte había puesto el acento en la existencia de fraude o abuso en los cambios de domicilio. En esa línea se inscriben las conclusiones del fallo “Curi”<sup>11</sup>. Se dijo allí que toda vez que la concursada cambió su domicilio social de la provincia de Santiago del Estero a la jurisdicción de la Capital Federal, inmediatamente antes de iniciarse su concurso preventivo, corresponde que este proceso tramite en la jurisdicción provincial, dado que no puede tenerse por válido el cambio de domicilio social cuando con ello se altera el sentido mismo de la legislación, creando un domicilio legal que no se corresponde con la realidad de la actividad económico comercial de la sociedad en concurso. Este precedente parece el más acertado en tanto más allá de la conceptualización del domicilio como ficticio, pone foco en los fines del cambio de domicilio, en la tutela de la buena fe y, en definitiva, en la conjura del abuso y del fraude. Es claro entonces que, como cualquier otro derecho, la modificación del domicilio social debe realizarse en el contexto de un ejercicio regular de tal facultad y no puede hacerse un análisis puramente mecanicista sino que debe indagarse en la realidad económica de la sociedad mudada y si existe justificación en base a ella para la mudanza<sup>12</sup>.

De esta manera puede inferirse como principios que dimanen de la jurisprudencia de la Corte que: a) en principio debe estarse al domicilio inscripto para fijar la competencia concursal de la sociedad; b) si el domicilio social se muda durante el trámite del concurso preventivo dicho evento no es hábil para modificar la competencia en una quiebra ulterior; c) si el trámite de modificación del domicilio no ha concluido se considera subsis-

---

<sup>10</sup> C.S.J.N., Fallos, t. 311, pág. 2178.

<sup>11</sup> C.S.J.N., 6/4/04, E.D. 209-534; J.A. 2004-III-101.

<sup>12</sup> Sobre el abuso de derecho en la mudanza del domicilio social ver: S.C.J. Mza., Sala I, 23/10/02, *in re* “Prinze”, E.D. 202-135; L.L. Gran Cuyo 2003 (febrero), 53.

tente el domicilio originario; d) aun el cambio de domicilio finiquitado puede ser ignorado si no se condice con la realidad económico empresarial de la sociedad. Es abusivo tal proceder.

1.2. En forma similar, es abuso no declarar la quiebra de una sociedad constituida en el extranjero, bajo un régimen que le impide realizar negocios en el país de constitución, y que la realiza integralmente en nuestro país y, particularmente, constituye actividad ilícita. Así, el caso “Compañía General de Negocios”, donde la Corte<sup>13</sup>, después de muchos años de trámite mandó recibir la petición y tramitarla. Creemos que la aplicación oficiosa -como autoriza la norma- del art. 19 L.S.A. hubiera sido mucho más efectiva y hubiera ordenado la actividad similar que se practica en nuestro país en forma pública y notoria (*indirect doing business* con la banca *off shore*). En “Quiebra en el país de sociedad ‘extranjera’”<sup>14</sup>, nos hemos referido a una petición de quiebra dispuesta por la Corte, implicando el reconocimiento de actividad ilícita, además de la cesación de pagos.

El art. 19 L.S.A. implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores<sup>15</sup>, representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

---

<sup>13</sup> “Compañía General de Negocios SAIFFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” (24/2/09) revocando el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la fiscal general por arbitrariedad, al que se sumó la procuradora fiscal.

<sup>14</sup> “Quiebra en el país de sociedad ‘extranjera’ (un fallo de la Corte basado en el *indirect doing business*)” en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, N° 258, mayo 2009, pág. 523 y ss.

<sup>15</sup> Ntro. “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios”, en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, Legis, 2009, pág. 387 y ss.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción -por el hipergarantismo con que está montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventado. Como decía Calamandrei, no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

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

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

Operar en insolvencia también comporta una actividad ilícita que genera responsabilidad<sup>16</sup>. Y esto es para un análisis interdisciplinario entre concursualistas y societaristas.

## *2. La falta de tempestividad en la presentación en concurso*

Es un abuso abrir concursos sin que la deudora se encuentre en estado de cesación de pagos, pero también lo es operar en cesación de pagos.

---

<sup>16</sup>Ntro. “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas por operar en insolvencia” en AA.VV., *Daño a la persona y al patrimonio*, director Carlos A. Ghersi, Buenos Aires, Nova Tesis, 2011, t. II, pág. 365.

Correlativo con el abuso de no tramitar las quiebras a petición de acreedor, se genera daño al mercado con la falta tempestiva a la cesación de pagos de sociedades que siguen operando dañosamente en el mercado -sin asumir las previsiones imperativas de la ley de sociedades ni presentándose en concurso-, bajo la argumentación de que no existe plazo para hacerlo. Esto es coherente con el incumplimiento de normas societarias imperativas, de cuyo incumplimiento nace responsabilidad de los administradores y de los socios que hubieren colaborado con el incumplimiento, por ejemplo ratificando la presentación en concurso. Moro -en el artículo ya citado- recuerda nuestro ensayo <sup>17</sup>. Allí apuntamos que no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo, como muy bien lo expresaba en un voto el doctor Cichero y como ha subrayado Moisset de Espanés reiterando que uno de los supuestos de *abuso del derecho es su ejercicio en contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo*. Llegado regularmente a esas medidas societarias o concursales, se atiende la conservación de la empresa <sup>18</sup>, a la eliminación de la cesación de pagos, pero en ningún caso puede usarse el concurso y el argumento de esa conservación para enriquecer a los socios. Este es un tema para los especialistas en “análisis económico del derecho y derecho económico”.

Se dirá que la presentación tardía no trae ninguna sanción de la ley concursal, pero devienen acciones de responsabilidad societarias múltiples, haya acuerdo homologado o no. Operar en cesación de pagos es claramente un acto doloso conforme el art. 931 y concs. C.C. Operar a sabiendas de la dificultad de cumplimiento de la obligación que se contrae, es doloso y causa de nulidad del contrato, y en el presupuesto concursal cae dentro de la acción de responsabilidad del art. 173 L.C.Q. y en el concurso preventivo en las normas de los arts. 59 y 274 L.S.A. conforme el tipo societario.

---

<sup>17</sup>Ntro. “¿Abusos en el proceso concursal?”, pergeñado no hace tres años en la Universidad Nacional del Litoral y enviado por Ricardo Prono a publicar en La Ley 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss.

<sup>18</sup>Ntro. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Córdoba, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010, 4ª parte “Bases sustanciales para la conservación de la empresa”, pág. 560 y ss.

La doctrina concursalista sostiene que se han eliminado los plazos para presentarse en concurso, que no existe ninguna norma al respecto, que es libre para los administradores societarios, hacerlo o no hacerlo. Si bien no hay plazo perentorio, los administradores societarios, en su deber de diligencia de buenos hombres de negocios, deben afrontar la crisis tempestivamente. Así hace algún tiempo, en la quiebra de Transportes Perpen se extendió la responsabilidad a todos los administradores por no haberse presentado a concurso y haber omitido las vías de liquidación de la ley de sociedades. Dos argumentos para imponerles sanciones responsabilizatorias.

*3. Desaparición de documentación contable, so pretexto de que es una carga cuando en las sociedades es una obligación*

Es abusiva la reiterada costumbre de no presentar los libros, en la idea de que es una carga que hoy no representa sanción alguna, so pretexto de robo, extravío, incendio o inundación, impidiendo información al síndico y al juez del concurso y a los acreedores que legitimen éste. Profesores en las Ciencias Económicas como Fushimi y Eimer se han referido a la carencia de contabilidad en concursos preventivos, sosteniendo que la insolvencia -exceptuando el caso fortuito o la fuerza mayor- no es un fenómeno que se desencadene abruptamente. Lejos de ello, la mayoría de los casos se tratan de procesos relativamente prolongados que puede ser advertidos y prevenidos e incluso subsanados de manera tempestiva.

Apuntan esos autores que una corriente pragmática y cuasi romántica que justifica el no llevar libros y registraciones, se basa en decir que el empresario o el hombre de negocios, más cuando entra en cesación de pagos, está y debe estar absorbido en la gestión del negocio (venta, producción) y que no resulta razonable exigirle que se ocupe de estas tareas administrativas. Esto es una falacia. La actividad empresarial es actividad racional y si bien pueden existir elementos de azar (tal el concepto de “riesgo empresarial”) en la toma de decisiones, ese azar siempre debe ser calculado y con el riesgo acotado para minimizar las pérdidas.

Lo más grave es la desaparición, robo, incendio u otro evento que afecta -dentro o fuera de la sede social- a los libros sociales poco antes

de la presentación en concurso haciendo sospechar de un plan, no precisamente del negocio social. Escuchamos comentarios que nos informan sobre robo de los libros que estaban depositados en un auto de propiedad del contador que quedó con las llaves puestas cerca de una villa miseria y otros casos parecidos que nos nutren en el folclore de supuestos que llevan al mismo sospechoso resultado.

Llevar libros de comercio es una carga para los comerciantes, pero una obligación para los administradores de una sociedad comercial.

#### *4. El abuso del concurso a través del plan de insolvencia*

A partir de la opinión de Carlos Palacio Laje<sup>19</sup>, “*se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo), constituyendo un subgrupo de delitos de intención*”, subrayando que la persona jurídica “*subsiste intacta como entidad ideal, pero compromete el desenvolvimiento de su actividad*”, constituyendo una “*garantía brindada al derecho creditorio*”, resultando que el legislador se refiere a “*infracciones a deberes ya confirmados jurídicamente, en el ámbito extra penal*”, se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “*con capitales de humo*”... “*los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un ‘gran patrimonio’, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería, con una descripción que se corresponde a los informes generales que los síndicos que formalizan en la mayoría de los concursos preventivos (no quiebra) de sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como ‘ardid’, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La*

---

<sup>19</sup> Carlos PALACIO LAJE, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002, 153 páginas.

*existencia de una tercera empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los hechos punibles que analizamos*”, refiriéndose a la figura del art. 174 inc. 6 C.P. que tipifica un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común.

Se está tramitando en estos momentos en la Capital Federal un concurso donde el centro de la cuestión es una hipoteca constituida hace casi 10 años a favor de una sociedad *off shore*, y luego cedida a dos personas físicas que resultaron ser el yerno y la nuera del presidente de la sociedad concursada. La fiscal de cámara descubrió los vínculos y el juez de primera instancia los excluyó del concurso, tema que se encuentra en apelación.

Se trata sin duda de lo que Carlos Palacio Laje llama el “plan de insolvencia”.

Toda una veta no analizada por los jueces ni por la doctrina comercialista e impone un trabajo en común con los penalistas.

### *5. La confiscatoriedad de la propuesta*

Es abusiva la presentación de propuestas de quitas y esperas que no se corresponden a ninguna práctica del mercado frente al incumplimiento<sup>20</sup> y constituyen actos ilegales. Ante estos escenarios, el Dr. Francisco Junyent

---

<sup>20</sup> “Resulta una propuesta abusiva aquella que generará finalmente una quita superior al 90% del capital adeudado, desnaturalizando el proceso concursal y agrediendo el derecho de propiedad; máxime, cuando no se encuentra acreditado que la empresa sea socialmente útil para el mantenimiento de fuentes de trabajo o producción... La abusividad de la propuesta (art. 52, inc. 4 de la L.C.Q.) debe valorarse de manera previa a cualquier otro análisis vinculado con el acuerdo, la norma es enfática en cuanto a esto, el juez no podrá homologar un acuerdo abusivo o en fraude a la ley, sin excepciones” (Cámara de Necochea, en lo Civil y Comercial, 12/3/09, autos “Frechero, Osvaldo Saúl y Benítez, Margarita Berta s/ Concurso preventivo s/ Incidente de impugnación al acuerdo”; Oscar Alfredo Capalbo, Humberto Armando Garate y Fabián Marcelo Loiza, encontrándose excusado el Dr. Capalbo).

Bas alertaba sobre que “*el abuso del derecho demuestra que el deudor al formular su propuesta puede desviar la finalidad del concurso preventivo, reorganizando su empresa a costo de que los acreedores vean afectado su derecho de propiedad en forma sustancial*”<sup>21</sup>. El punto implica un análisis sobre la inconstitucionalidad<sup>22</sup>.

Bajo la apariencia de cumplimiento de pasos formales y declamatorias expresiones sobre la conservación de la empresa, se ha permitido en la República Argentina, la transferencia de fondos de propiedad de los acreedores, a favor de los socios de la sociedad en cesación de pagos. De socios que, supuestamente en connivencia con los administradores sociales -cuando no eran ellos mismos-, no adoptaron las medidas que la legislación societaria prevé. ¿Las propuestas de quita de más de 35% son legales, confiscatorias o simplemente abusivas? Se eliminó la norma que fijaba como tope el 40%, ahora se podría ofrecer pagar cualquier porcentaje, ahora es más fácil plantear recursos de inconstitucionalidad por afectación del derecho de propiedad sin atacar norma alguna. Recuérdese que con la Resolución 125 hablaron todos los abogados del país sobre que nuestra C.S.J.N sostendría que más del 35% como carga tributaria o por honorarios era confiscatorio. Sin duda en relaciones particulares, honorarios de abogados; opinable si lo es en beneficio del Estado, según las circunstancias. Pero aquí no es en beneficio del Estado, es en beneficio de los socios, toda quita que se genere a los acreedores mejora la estruc-

---

<sup>21</sup> Conf. FRANCISCO JUNYENT BAS, “Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del derecho”, L.L. 2007-F, pág. 654.

<sup>22</sup> En libro colectivo del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe, 2006, t. I, Moralización de los procesos concursales; tema: “Concursos con propuestas írritas”, ntra. comunicación “Visión básica constitucional de propuesta írrita de quita y espera”, con el Profesor Dr. José Luis Palazzo, t. I, pág. 715, subtema: “Constitucionalidad de la propuesta”. Ntro. “Sobre la novación por acuerdos concursales (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, donde el editor señala que “*El maestro cordobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (improcedencia de acciones extraconcursoales de responsabilidad contra los directores de concursadas por las quitas homologadas), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursoales*”. Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, N° 282, mayo 2011, año XXIV, t. XXIII, pág. 445.

tura patrimonial de la sociedad. No sólo dejan de ser corrientes las obligaciones sino que desaparece del pasivo. Tanto que la AFIP le ha determinado como ganancia, y a los 4 años de haber quedado firme la homologación del acuerdo, hay que pagar el impuesto a las ganancias. Tanto que ahora el propio concursado al que le homologan el acuerdo predatorio, genera algún problema para diferir el plazo.

Y una pregunta de aspecto procesal: atendiendo a esa confiscatoriedad que afecta a los acreedores que no aceptaron la propuesta y los que aún están en trámite de admisión: ¿Debe o puede el juez expedirse sobre la constitucionalidad o no de la propuesta?

Todo un aspecto interdisciplinario a ser abordado por los constitucionalistas y por los especialistas en derecho procesal constitucional.

#### *6. La falta de integración de la propuesta con los tres elementos que requiere la ley*<sup>23</sup>

Es abusiva la presentación de propuestas no debidamente integradas. Ello trae la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo -normalmente no integrada y por tanto improponible<sup>24</sup>- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como confiscatorios<sup>25</sup>, pues se alejan del esfuerzo compartido.

---

<sup>23</sup> Ntro. “Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario)”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Nueva Serie, año 2, N° 3, Corrientes, Dunken, 2008, págs. 137 a 160, editado en Buenos Aires, noviembre 2008.

<sup>24</sup> Ntro. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO N° 234, enero-febrero 2009, Abeledo-Perrot, pág. 79.

<sup>25</sup> Ntro. “Las liquidaciones societaria, la concursal y el argumento del resultado de esta última para homologar una propuesta abusiva”, en Zeus Córdoba, N° 353, año VIII, 18/8/09, t. 15, Doctrina pág. 169, y en Zeus, 10/8/09, año XXXVI, Revista N° 15, t. 110, Doctrina pág. 785.

Un tema fundamental es determinar sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando ésta es una sociedad, o sea qué órgano debe formularla -a nuestro entender, el de gobierno ante la posibilidad de que los socios puedan ver comprometida su participación a través del sistema del art. 48 L.C.Q.-.

Otro aspecto es el de contener plazos inciertos, como que se fije un plazo a partir de que quede firme la homologación del acuerdo, lo que lo tornaría ilegal -así lo declaró el juez mendocino Dr. Arcaná-.

Se integra además con un programa o régimen de administración y disposición durante el plazo de cumplimiento del acuerdo, previsto en el art. 45, 4º párrafo, “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta”. En el mismo sentido, en “El ‘régimen de administración’ en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?”, Lidia Vaiser -*Vivisección de la propuesta de concordato*-preclaramente se refiere al “plan de empresa” ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? No pueden existir dudas acerca de que el estándar jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un “plan de empresa”, dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal.

¿Qué es integrar? Conforme el *Diccionario de la Real Academia*: “Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo”. El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta está insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal.

Y por último, la integración de la propuesta con la constitución del comité de acreedores de control. Así el juez deberá constatar “la confor-

mación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital”<sup>26</sup>.

Heredia acepta la posibilidad de no cumplimiento del requisito. Nos permitimos discrepar. Si el régimen de administración y la exposición del comité contralorador aceptado por acreedores quirografarios que representen la mayoría de capital *integran* la propuesta, la falta de ellos hace aparecer como no presentada la propuesta en forma. No dudamos de la conveniencia -y así lo sugerimos- de una rápida respuesta judicial intinmando a la integración -como se señala en el último párrafo-; particularmente, para imponer el diálogo necesario entre deudora concursada y acreedores. Ante el privatismo del sistema, debe incentivarse la idea del legislador de imponer que sea la propia concursada la que aporte al expe-

---

<sup>26</sup>La integración debe ser inmediata a la presentación de la propuesta incompleta y no debe dilatar el trámite del proceso, y la sanción por incumplimiento debe ser clara para frenar el abuso omisivo. La cuestión de la integración de la propuesta se encuentra ratificada por otra norma: “*Controlador. Comité de acreedores*. Art. 260. El comité provisorio de acreedores en el concurso es un órgano de información y consejo. El comité definitivo es el controlador necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo, y en la liquidación en la quiebra. Sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de 3 (tres acreedores). La propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores. El comité constituido para controlar el cumplimiento del acuerdo mantiene sus funciones en caso de declaración de quiebra como consecuencia de incumplimiento del acuerdo... Debe informar de su gestión a los acreedores con la periodicidad que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 (cuatro) meses... *Contratación de asesores profesionales*. El comité de acreedores podrá contratar profesionales abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasados y cualquier otro que considere conveniente, para que lo asista en su tarea con cargo a los gastos del concurso. La remuneración de dichos profesionales será fijada por el juez al momento de homologación del acuerdo...”. El énfasis que se recoge desde el Capítulo II, Funcionarios y empleados de los concursos, Sección I, Designación y funciones, cuando en la “enunciación” que contiene el art. 251 además del síndico y el coadministrador incorpora “los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo”, cuya designación -como ya hemos visto- se integra en la propuesta de acuerdo, debiendo contener la conformidad de la mayoría de capital de acreedores, lo que comporta un verdadero “tanteo” de la voluntad de los acreedores de aceptar la propuesta que allí se les presentará. Conformidad con la designación de los controladores que no debe entenderse como conformidad con la propuesta, que deberán expresar los acreedores en forma separada e individualizada.

diente el fruto de esas tratativas generadas por la conformación y aprobación del comité por los acreedores.

Adviértase que este diálogo que se impone entre los administradores de la sociedad deudora y los acreedores mayoritarios en cuanto legitimados a expresar opinión sobre la propuesta se corresponde como una suerte de “tanteo” de la propuesta que podría ser aceptada. La falta del régimen como plan de cumplimiento también afecta la decisión de los acreedores legitimados para expresar aprobación o rechazo a la propuesta.

La reciente ley 26.684 que ha modificado la conformación de los comités de acreedores ha enfatizado que su integración conforma la propuesta de acuerdo.

### *7. Intervención para generar la mayoría de terceros no legitimados*<sup>27</sup>

Es abusivo el uso de la cesión y subrogación con intervención de terceros para alcanzar la mayoría, eventualmente con renuncia a derechos reales o privilegios, y la tramitación de “exclusiones de voto” bajo distintos argumentos. La legitimación de quiénes pueden expresar voluntad en torno del acuerdo, en orden a los procesos de “exclusión de voto” que se intentan, ha sido cuestionada por Julio Otaegui en cuanto atenten contra uno de los principios procesales señalados por los ponentes, “3. Economía y celeridad procesal en los concursos”.

Sobre el punto se expresa en su magistral ponencia Ricardo Prono: ***“La modificación intempestiva de la base de cálculo para la votación. La modificación intempestiva de la base de cómputo del pasivo suele provocar situaciones imprevisibles al no dar tiempo suficiente para la debida negociación del acuerdo que es la finalidad del denominado período de exclusividad, lo que nos lleva a referir a la oportunidad procesal para alterar el pasivo con derecho a voto, ya***

---

<sup>27</sup>El tema lo tratamos nuevamente en el número de junio de 2011 en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Abeledo-Perrot. Ntro. “Voto o aceptación de propuestas concursales írritas. Legitimación e interés contrario” en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial *El voto en las sociedades y los concursos*, Legis, 2007, pág. 205.

fijado judicialmente<sup>28</sup>, pudiendo constituir una maniobra abusiva que el juez deberá evitar en uso de sus facultades. b) **¿Qué dicen los autores y la jurisprudencia?**

Considerando al tema singularmente importante, Mosso<sup>29</sup> defendió con firmeza la tesis de que la renuncia a los privilegios por parte de los acreedores privilegiados, incluidos los laborales, debe ser admitida “sólo hasta tres días antes de la resolución de categorización, a efectos de que el crédito se encuadre correctamente en alguna de las categorías creadas o, si fuere necesario, ellas se crearen al efecto”, pues el deudor tiene que tener en el período de exclusividad una nómina de acreedores concreta e inmodificable ya que dicho lapso debe ser todo de quien proponga

---

<sup>28</sup> El tema se vincula con las exclusiones del cómputo de las mayorías dispuestas en el art. 45 tercer párrafo L.C.Q. Tienen dicho sobre ello Juan Carlos PALMERO, Juan Carlos PALMERO (H) y Tomás ARAYA, en “El artículo 45 LCQ (exclusión de voto) y el abuso del derecho” (libro de Ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. I, Rosario, 2006, pág. 579 y ss.), que “el interés del acreedor” constituye una referencia necesaria para observar situaciones de ejercicio disfuncional o abusivo del derecho de crédito. Coincidimos con ello en tanto se tenga presente que, amén de ser un precepto taxativo, de interpretación restrictiva, deberán probarse en el caso los presupuestos referidos en el parágrafo II de este artículo. Sin olvidar que, respecto del deudor, una pauta esencial para inferir o no el abuso será analizar la razonabilidad y equidad de la propuesta de acuerdo ofrecida, pues los fraudes y abusos en la existencia, alcance y privilegio de los créditos deben resolverse, como principio, en el proceso de verificación, y si un crédito es real, verdadero, impedir su voto o poder de decisión debe ser algo excepcionalísimo, pues significaría negarle un derecho ínsito y sustancial a su calidad de acreedor.

<sup>29</sup> Guillermo G. Mosso, “Renuncia a los privilegios en el concurso y su relación con el período de exclusividad”, su ponencia en: *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia* (dir. Eduardo M. Favier Dubois (h), Salvador Darío Bergel, Ricardo Augusto Nissen; t. I, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pág. 491 y ss.. Estas ideas de Guillermo Mosso están expuestas extensamente en el fallo que dictara como juez de Mendoza (*in re*: “hyc Cahiza Hnos. y Cía. S.A.”), registrado en L.L. 1998-E, págs. 438 a 451. En ponencia presentada en el mismo Congreso (op. cit., pág. 507), invocando el párrafo 4º del art. 43 L.C.Q., Patricia Ferrer sostuvo la posición contraria, diciendo que los acreedores privilegiados pueden renunciar a la preferencia, aun después de dictada la resolución de categorización que establece el art. 42 de la L.C.Q.

*el acuerdo. Afirmando también*<sup>30</sup> *que ninguna renuncia al privilegio es neutra, por el contrario, repercutirá finalmente en pro o en contra del acuerdo, dando o negando la conformidad. En los fundamentos de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza*<sup>31</sup>, *leemos los siguientes conceptos expresados por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci: La fijación de categorías es definitiva; no sólo se fijan categorías sino que se determinan los acreedores comprendidos en ellas. La L.C. -continúa la brillante jurista- recepta una concatenación temporal de las distintas secuelas del proceso; ese esquema temporal tiende a la construcción de una sólida estructura que otorgue seguridad al procedimiento y garantías a todas las partes involucradas. ... Coinciden con lo manifestado Edgardo Truffat, Lidia Vaiser*<sup>32</sup> *y Bautista Kuyumdjian al fundar una criteriosa ponencia*<sup>33</sup>, *en la que expresan que a los fines del cómputo de las mayorías para la aprobación del acuerdo deben considerarse los créditos que se incorporen al pasivo antes de la oportunidad que establece el art. 41 o -como máximo- antes de la ocasión de ser dictada la resolución que marca el art. 42, esto en tanto el juez no disponga un plazo suplementario al efecto. Rómulo Mario Acosta*<sup>34</sup> *sostiene que la renuncia de los acreedores privilegiados no puede superar el plazo del art. 41. B. 4. La exclusión de voto. Una delicada cuestión en el trámite del proceso preventivo es la determinación*

---

<sup>30</sup>Guillermo Mosso, “Categorías mínimas, renuncia a los privilegios y posibilidad del acuerdo”, E.D. 178-896.

<sup>31</sup>Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, *in re* “Artes Gráficas Melfa S.A. p/conc. prev. s/cas.”, 7/1/05.

<sup>32</sup>Lidia VAISER es autora de diversos trabajos sobre el tema: “Categorización de acreedores (Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad)”, L.L. 1998-C, págs. 1252/55; “Renuncia del privilegio laboral: oportunidades y oportunismos”, nota a un fallo del juez Mosso, L.L. 1998-E, pág. 438. “La categorización de acreedores y el crédito laboral”, E.D. 169-1264.

<sup>33</sup>Edgardo D. TRUFFAT, Lidia VAISER, Bautista KUYUMDJIAN, “Tardíos, revisantes y disidentes”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I, pág. 333.

<sup>34</sup>Rómulo M. ACOSTA, “Categorización de acreedores y acreedores que renunciaron a sus privilegios, en el esquema de la ley 24.522”, *ob. cit.*, en nota anterior, pág. 503.

*del conjunto de actores habilitados para expedirse sobre la propuesta de acuerdo”.*

Hasta aquí la transcripción, pero es evidente que no se tiene en cuenta - como elemento ratificadorio de la imposibilidad de intervenir- que los contratos entre partes son válidos entre ellos, pero no pueden perjudicar a terceros, o sea no pueden ser usados para configurar la mayoría del acuerdo.

Por otra parte, hemos sostenido como Carlos A. Moro<sup>35</sup>, que el tercero no sólo no está legitimado sustancialmente, sino tampoco procesalmente, pues no se le ha verificado ni declarado admisible -así lo declaró la Corte de la Provincia de Entre Ríos-.

Justamente, el perjuicio a terceros es lo que desterró el sistema del Código Civil, aun dentro de las relaciones de cambio. Así el art. 1195 *in fine*: “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 C.C.: “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C. -como refiere la Corte en el caso “Arcángel Maggio”. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anoticiamiento que se le da, pero sí son terceros los acreedores convocados a un concurso<sup>36</sup>.

Esta información es una invitación a un trabajo interdisciplinario a los señores civilistas. Hemos convocado ya al Dr. Ramón Daniel Pizarro.

#### *8. El abuso de justificar homologación de acuerdos confiscatorios por la imposible menor cuota de liquidación en caso de sociedad*

El argumento -de imposible uso para el caso de sociedades comerciales por las previsiones sobre el capital social- para justificar quitas

---

<sup>35</sup> En artículo titulado “La propuesta concordataria la votan los acreedores concurrentes que se insinuaron... nadie más”, en RDCO N° 223, marzo-abril, 2007, pág. 387.

<sup>36</sup> Una amplia explicación en torno a la ilicitud de terceros en el concurso puede verse en nro. “El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos”, en libro colectivo *Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Córdoba, Advocatus, 2010, t. I, pág. 515 y ss.

confiscatorias que en la liquidación se obtendría menos (*the best interest of creditors*)<sup>37</sup>, cae por el sistema previsto para proteger el capital social y ante su pérdida impone la liquidación, que permitiría el pago del 100% a los acreedores, y de continuarse se genera la responsabilidad de administradores y de los socios que lo hayan tolerado.

### 9. La quita importa un empobrecimiento de acreedores y un enriquecimiento de los socios de la concursada<sup>38</sup>

La generación por esos medios de un enriquecimiento para los socios con empobrecimiento de los acreedores, o sea que se traslada la solución de la crisis a los acreedores, tanto que las quitas son tratadas por la legislación impositiva como ganancia, sólo difiriéndose el pago a 4 años de que quedare firme la homologación del acuerdo. Claro que en el APE de Multicanal, a los cuatro meses de la homologación los accionistas decidieron en asamblea general distribuirse más de mil doscientos millones de pesos pagando el 35% de impuesto a las ganancias.

Todo un tema para los especialistas en derecho tributario.

## V. Abuso del proceso concursal contra normas imperativas del sistema societario de organización de la deudora

Pero más grave aún es el abuso por sociedades comerciales del uso del sistema concursal, sin haber intentando sus administradores las

---

<sup>37</sup> “¿Podría la liquidación de una sociedad ser peor que un acuerdo concursal predatorio para justificar su homologación?”, publicado en Anuario XII del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 2011, Edición Homenaje a los 25 años del CIJS (1995 - 2010), pág. 307.

<sup>38</sup> Ntro. “Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)”, publicado en *Derecho Económico Empresarial - Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II, pág. 1398.

soluciones que marcan normas imperativas de la propia ley, importa un grave abuso de derecho en perjuicio de los acreedores sociales. Obviamente que si la pérdida del capital social no ha generado la insolvencia de la sociedad no podrá justificarse la apertura de un procedimiento judicial concursal.

1. Claro que ello podría ser afrontado por el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) que autoriza la presentación frente a “dificultades económicas o financieras de carácter general” (art. 69 L.C.Q.). Pero esto también permite nuestra crítica, porque también constituye una causal de disolución la “imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del objeto social” generada por esa crisis, y la solución también pasa por la patrimonialización de la sociedad, pues se trata de imposibilidad por la situación patrimonial. Y en tal caso el aumento de capital por los propios socios, terceros o con la capitalización del pasivo a que hemos hecho referencia.

Sin embargo, administradores y socios suelen optar por mejorar la situación patrimonial sin aportar ni arriesgar nada: a través de la disminución del pasivo por la quita que se intenta imponer en el APE, generando el negocio que ha ponderado Truffat. Claro que de ello puede resultar responsabilidad para socios y administradores.

Esta situación se ha materializado recientemente en dos APEs, el terminado de Multicanal y el concurso en trámite de Transportadora Gas del Norte. Ello a través, la primera de repartir a cuatro meses de homologado el acuerdo más de un millón doscientos mil pesos -previo pago a la AFIP del 35%- por ganancias que, obviamente, no correspondían al giro normal del negocio. Y a su vez, en el trámite del APE de la segunda, la ANSES ha denunciado la existencia de ganancias por casi trescientos millones de pesos que invalidan la pretensión de lograr una quita compulsiva de los acreedores a través de un negocio de mayorías (acuerdo).

Recuérdese que en el APE se pueden excluir dos principios procesales explicitados por los ponentes: 1. Universalidad patrimonial y unicidad procesal, y 2. Concursalidad o colectividad de acreedores. El fuero de atracción.

2. Las causales de disolución de sociedades son estrictas en cuanto a la pérdida del capital, imponiendo su reintegro o aumento, y particular-

mente en el análisis de la “imposibilidad sobreviniente” de cumplir la actividad societaria o el objeto social. La pérdida de rentabilidad trae como consecuencia esa imposibilidad, antes o después de advertirse la pérdida del capital social. Ya hicimos referencia a la legislación de Colombia del 27/12/06 en su Capítulo II sobre “requisitos de inicio del proceso de reorganización” que en su art. 10 ap. 1 impone para su admisibilidad “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

La previsión de capitalización de pasivos es tema previsto en esa legislación como forma de paliar dificultades, y también en las formas de acuerdos concursales.

Y los administradores sociales, como buenos hombres de negocios, con diligencia y lealtad, deben afrontar esas vicisitudes, convocando a los socios con claras opciones.

Son los socios los que deben formalizar nuevos aportes o aceptar la liquidación de la sociedad, liquidación privada que aunque no satisfaga a la totalidad de los acreedores quirografarios puede ser aceptada por su corrección, evitando mayores gastos y no generando la apertura de un proceso de quiebra liquidatorio.

Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al solo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso “privado” de afrontar la crisis de la empresa.

Hoy se impone educar a los socios y a los acreedores sociales para que compartan los destinos de la empresa, para asegurar la continuidad de la empresa. Esa norma está en la ley de concurso, pero particularmente está sencillísima al alcance de todos en la ley de sociedades: la capitalización del pasivo, sin los costos impositivos de la quita y espera,

La reorganización de una sociedad en crisis tiene claras soluciones en la ley específica con bajo coste de transacción y sin responsabilidad para administradores. Ellas son las causales de disolución por pérdida del capital social o por la imposibilidad (sobreviniente o no) de cumplir con el objeto social por causas patrimoniales (art. 94 incs. 4 y 5 L.S.C.), soslayando la liquidación sin reintegrar ni aumentar el capital social -incluso ofreciendo capitalizar el pasivo- (art. 96 L.S.C.), asumiendo responsabilidad administradores y algunos socios en caso de continuar así el giro social (art. 99 L.S.C.), generando sin duda daño a los acreedores.

Son otros abusos entender que la homologación de un acuerdo genera un efecto novatorio extendido<sup>39</sup>, extinguiendo las acciones de responsabilidad contra administradores y socios. Obviamente que no pueden promoverse contra ellos las acciones de responsabilidad previstas por la ley 24.522 cuando existe declaración de quiebra, pero no se extinguen las acciones de responsabilidad que pudieran haber -de base subjetiva- por aplicación del sistema general de responsabilidad por daño causado derivados del Código Civil o de la Ley de Sociedades.

Dentro de esa responsabilidad derivada de operar cuando se ha generado una causal de disolución, específicamente la pérdida del capital social, es abusivo pensar que la “declaración” de existencia de esa causal debe devenir de una resolución judicial, cuando es una declaración de verdad que resulta de la confección o aprobación del balance. Sí podría corresponder una resolución judicial cuando se ha ocultado esa verdad confeccionando un balance falso o irreal, o sea que no media la aprobación de un balance donde se constata esa pérdida. Claro que en este supuesto, la responsabilidad no sería por culpa, sino por dolo, con la extensión correspondiente.

En realidad, consideramos que todos estos “abusos” responden al “plan de insolvencia” trazado, a fin de ocultar que se ha operado en cesación de pagos transmitiendo el problema a los acreedores, aprobando a cualquier costo un “acuerdo” predatorio y soslayando la responsabilidad de administradores y algunos socios. La contracara de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios que debe planificar, no asumiendo nunca responsabilidad por los riesgos empresarios, pero sí por no cumplir normas imperativas de las leyes.

### 3. *Un obiter dictum de la Corte para dirimir la cuestión*<sup>40</sup>

En las crisis de sociedades, como sostenemos y tan bien ha glosado Barcat, el concurso sigue siendo innecesario, pero puede plantearse como

---

<sup>39</sup> Ob. cit. en nota 22.

<sup>40</sup> Ntro. *¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (un obiter dictum de la Corte)* en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial *Reestructuración y reorganización empresarial en las sociedades y concursos*, Buenos Aires, Legis, 2010, págs. 3 a 78.

*ultima ratio*, al decir de la Corte en el *obiter dictum* de Comercial del Plata. En “Desjudicialización de los concursos: un *obiter dictum* de la Corte”<sup>41</sup> apuntábamos que en fallo del 20 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. El fallo -a través del voto de la mayoría- resulta, en torno de la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”<sup>42</sup>. No ingresaremos en esta oportunidad en los aspectos centrales del fallo acerca de la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”<sup>43</sup>. Centramos nuestra atención en un *obiter dictum* expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Nos parece realmente iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como *ultima ratio*

---

<sup>41</sup> Publicado en Zeus Córdoba N° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, t. 16, pág. 85/90, y en Zeus Revista N° 11, t. 113, Rosario, 13 de julio de 2010, pág. 561.

<sup>42</sup> Lo que se apuntan Gabriela BOQUIN y Ricardo Augusto NISSEN en “Un ejemplar fallo en materia de transparencia de los procesos concursales”, en El Cronista Comercial del 21 de octubre de 2009.

<sup>43</sup> Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe, 2006, Tema: “Concursos con propuestas írritas: visión básica constitucional de propuesta írrita de quita y espera” que presentáramos con el profesor Dr. José Luis Palazzo, t. I, pág. 715, bajo el subtema: “Constitucionalidad de la propuesta”.

preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “*ultima ratio* preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Pero atiende, a nuestro entender, fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Así lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece -cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo<sup>44</sup>, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor<sup>45</sup>. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores -como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas -particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades -en los que el in-

---

<sup>44</sup>Ntro. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, septiembre 2009: “*La crisis de la organización societaria*” y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

<sup>45</sup>E. Daniel TRUFFAT, *El derecho concursal en los tiempos de la “gran contracción* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “*Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que -al menos en el derecho argentino ‘soplan nuevos vientos’. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal... Este escenario novedoso... nos impone: pensar el derecho. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones... La ‘concursalidad’ en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la cesación de pagos. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno -dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en catarata otras imposibilidades y así al infinito... Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los más débiles y la directa desaparición del baldado... Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo... Este (o sus propietarios) no podrán, o -al menos- no deberán, ‘hacer negocio’ de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras*

forme general del síndico suele dar cuenta de que llevan varios años operando en cesación de pagos-, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución -pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-<sup>46</sup>.

Afrontar las causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

Ante la afirmación de la Corte, el centro de la cuestión sería la omisión de la “preconcursalidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas -con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-.

Rescatando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “*Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente*”<sup>47</sup>.

Esto claramente está tipificando situaciones abusivas que autorizarían acciones individuales de responsabilidad, antes de presentarse en concurso, después de presentarse en concurso -con acuerdo homologado

---

*medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un ‘sacrificio compartido’ sería un abuso”.*

<sup>46</sup> “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Córdoba, Lerner, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven (coordinadores E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos Roberto Antoni Piossek, Ramón Vicente Nicastro), 2008, Cap. II, pág. 217.

<sup>47</sup> Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en Juan BOLAS ALFONSO (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 133, especialmente a pág. 154, parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

o no- o en quiebra en tanto y en cuanto se den los supuestos indicados, tan claramente por el profesor Miguel C. Araya en la conferencia precedente.

4. *Finalizando*. Se plantea así, como un objetivo de una reforma de la legislación concursal, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo. Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial Lorenzo Stanghellini<sup>48</sup>. Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes de que se produjera esa situación. En función de ello, los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

Las crisis deben ser asumidas tempestivamente en el caso de sociedades a través de las previsiones específicas de la ley de organización, con bajo coste de transacción e impositivos, minimizando daños y evitando que los administradores asuman responsabilidad.

No pretendemos que piensen como nosotros, particularmente en los temas que dejamos de resalto, pero sí pretendemos haber introducido nuevos aspectos de análisis que, aun en la disidencia, son los que permiten construir el derecho, restituir los repartos y acercarnos en aspectos aparentemente enfrentados, asegurando la conservación de la empresa, del empleo por sendas firmes, sin intentar entretener a los trabajadores con empresas inviables, sin centrarse en la responsabilidad -social y jurídica- de administradores y socios de las sociedades comerciales en crisis<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup>“Proprietá e controllo del’impresa in crisis” en Rivista delle Societa, anno 49°, settembre-ottobre, fascicolo 5°, Milano, Giuffrè, 2004, pág. 1041 y ss., específicamente, pág. 1055.

<sup>49</sup>Para comprender nuestra posición sistémico constructivista, sugerimos la lectura de *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, citado, como así también integrar nuestro sintético pensamiento con trabajos específicos donde aparece mejor fundamentación en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar). En el primer capítulo de dicho libro sugerimos una relectura de la ley de concursos, en orden a la crisis de sociedades.

Hay otros caminos de solución en el sistema jurídico positivo y, aun en la discrepancia, vale la pena recorrerlos de buena fe, con renunciamiento a prácticas abusivas, en beneficio de la República y de la convivencia, pues la marginación de cualquier tipo -la económica es una- genera violencia e inseguridad física y jurídica. A ello invitamos.



# NUEVAS FRONTERAS DE LA DEFINICIÓN HISTÓRICA DE PERSONAS FÍSICAS DEL ART. 51 DEL CÓDIGO CIVIL <sup>1</sup>

por JUAN CARLOS PALMERO <sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción: la parte general del derecho. II. La definición de persona física. III. Conjeturas en torno de la decisión del Codificador de definir las personas de existencia visible o personas físicas. IV. Crítica e incomprensión de la doctrina nacional a la definición del art. 51 del Código Civil. V. Cambios experimentados a partir del descubrimiento del genoma. VI. Nuevas fronteras en la aplicación del art. 51 del Código Civil. VII. Conclusiones.

## I. Introducción: la parte general del derecho

Es bien conocido que uno de los mayores méritos que se le reconoció a nuestro Código Civil -redactado a mitad del siglo XIX y por ende, con bastante anticipación a los ordenamientos modernos que mostraron ya una técnica acorde con el desarrollo de las ciencias normativas-, consiste en haber dispuesto de una parte general que, aunque en forma dispersa, logra un tratamiento sistemático de las personas en general (Libro I, Sec. I), del objeto de los derechos (Libro II, Sec. I y Tít. I del Libro III) y de los hechos y actos jurídicos (Libro II, Sec. II).

Tal como lo pusiera de relieve Ascarelli <sup>3</sup>, con indudable lucidez muchos años después, los códigos que cuentan con una parte general, no

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el 26 de julio de 2011.

<sup>2</sup> Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

<sup>3</sup> Tulio ASCARELLI, Prólogo a la obra de Andrea VON THUR, *Teoría general del derecho civil alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. 1, págs. VIII y XIX. El autor de la nota se explaya en el prólogo a esta importante obra del jurista alemán, sobre las

sólo reflejan el avance incuestionable en la evolución progresiva de la teoría general del derecho, sino que además y desde un punto de vista eminentemente práctico, facilitan la profundización en la interpretación de los textos para ajustarlos a las necesidades o requerimientos del tráfico.

El escrutar, escudriñar o agotar el alcance de los supuestos normativos que siempre responden a descripciones de conductas generales y abstractas, reconocen sus causas en diversas exigencias, ya que a veces deviene de una mejor comprensión de las instituciones a la luz de los estudios de la ciencia, mientras que en otras oportunidades, facilitan la interpretación histórica, ajustada a los requerimientos o circunstancias de tiempo y lugar, que hacen de estos ordenamientos un derecho vivo, evolutivo y adecuado a las demandas sociales, económicas o morales de su tiempo.

Por estas razones hemos dicho que los códigos históricos no envejecen nunca, como si se tratase de una cosa o una máquina, porque todos los días la realidad los va acercando a las mutaciones naturales de cada época, de forma tal, que es factible aseverar sin la menor hesitación, que el derecho civil de hoy no puede asimilarse o confundirse con el que se dictara al momento de su sanción.

Un proceso de indudable adaptación, derivado de los diversos ajustes que se formulan mediante el mecanismo de las reformas parciales, como así y principalmente, la doctrina judicial que se consolida a través de más de ciento treinta años de vigencia, constituye un patrimonio digno de ser preservado y al mismo tiempo valorado y respetado en razón de la certeza que introduce respecto de su previsibilidad en la aplicación de las normas.

Los códigos que se enmarcan dentro del sistema de derecho escrito o continental ofrecen estas ventajas respecto de los sistemas abiertos o sajones, en el sentido de que el buril del intérprete y los esfuerzos de la doctrina facilitan una constante y permanente tarea de actualización de las instituciones, tal como se ha visto claramente en la historia de nuestro país.

**1.** Siempre nos ha gustado resaltar que ostentamos el privilegio de haber sido uno de los primeros países en contar con una normativa capaz

---

conveniencias y beneficios que trae la parte general a los ordenamientos de derecho privado.

de efectuar una regulación completa y sistémica de la “*teoría de las personas*” en general, porque ello permite además de resolver el difícil problema acerca de la factibilidad del reconocimiento de derechos subjetivos sin poderles atribuirles la titularidad de ningún sujeto, hasta la cuestión del protagonismo necesario de la persona como titular de una relación jurídica válida que constituye -a nuestra manera de ver- el primer y más importante interrogante a responder cada vez que se quiera considerar la legitimidad de un derecho o de un deber.

La existencia de una parte general, obliga a formular una determinación precisa y concreta de la “persona”, o sujeto titular a la que se atribuirá la aptitud o grado de aptitud para el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, tema que obviamente no resulta menor dentro del amplio campo que abarca la cuestión de la subjetividad en el derecho.

Pero también y esto resulta muchísimo más importante aún que lo anterior, importa el poder responder con la exactitud que el tema requiere, el exacto momento del comienzo y del fin de la persona, sea ella de existencia física o jurídica, cuestión que legislaciones muchos más modernas todavía no han podido encontrar la solución legal adecuada y deben los jueces precisarla en cada oportunidad que sea menester.

2. Como es sabido, en todo lo atinente a la “*teoría de las personas*” (Libro I, Sec. I.) nuestro Código siguió “*a la letra*” al Esbozo de Freitas, que en este sentido se inclinó por el empleo de una técnica legislativa que, vista desde una perspectiva general, no resulta recomendable, como ocurre cuando se introducen definiciones, pero lo cierto es que, en definitiva, el Código adopta el precedente brasilero sin cambios y como antecedente directo del precepto en cuestión.

De ahí entonces que toda la construcción sistemática de las “*personas*” se estructura sobre la base de un trípode, comenzando por una definición legal que refiere a la “*persona*” en general, “*como todos los entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones*”, para inmediatamente después referirse a los dos únicos modos posibles de manifestación de la subjetividad para el derecho nacional, consistente en las “*personas físicas*” (art. 51 C.C.) y las “*jurídicas*” (art. 32 C.C.).

El mérito indudable de este gran jurista brasilero fue, sin ninguna duda, el haber explicitado en fórmulas legislativas el resultado de los avances de una tarea previa de sistematización y clasificación efectuada por

los científicos del derecho, que en unos pocos párrafos construyeron los cimientos fundantes de los únicos protagonistas de cualquier relación jurídica válida pero, al mismo tiempo, hubo un jurista capaz de animarse -cuando en la época no había precedente alguno- a transformar esos preceptos en ley vigente para regir y disciplinar la vida de una nación que comenzaba su existencia independiente.

Es interesante recordar esta decisión, porque no siempre ha sido valorada suficientemente por los juristas nacionales y, en cambio, constituye motivo de admiración por muchos estudiosos del Viejo Mundo, que todavía intentan buscar una explicación a las prevenciones y dubitaciones de Freitas, cuando se preguntaba acerca de lo que pensarían en las academias y en los diversos centros de la cultura jurídica de su tiempo, de esta audacia de disciplinar de manera integral y completa la *“teoría general de la persona”*.

Nosotros hemos sido conscientes de estos esfuerzos y talentos, razón por la cual una vez más les rendimos al gran Freitas y a nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sársfield nuestra admiración y reconocimiento por haber sido progresistas de verdad para su tiempo, en la más cabal expresión del término, es decir habernos legado un derecho civil acorde con los grandes adelantos axiológicos y técnicos que, en realidad, llegaron con el avance y progreso de las diversas disciplinas en el siglo siguiente.

## **II. La definición de persona física**

### *1. El Código Civil*

Así las cosas, el Código Civil, en su art. 51 define a las *“personas físicas”* como *“aquellas que presentasen signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes”*, fórmula que reconoce una larga y laboriosa evolución histórica que la torna -a nuestro modo de ver- en una verdadera *“reliquia jurídica”*, no sólo en razón de su gramaticalidad y construcción sintáctica, sino también y de una manera muy especial, en lo que respecta a la preservación de los grandes valores axiológicos de la humanidad, consistente en su reconocimiento ante cualquier circunstancia, sin distinción de cualidades y accidentes.

Es evidente que la utilización del término “*humanidad*”, señala y determina los grandes límites o perfiles del derecho, tanto en lo que se refiere a la *dignidad* propia e inherente de todo ser nacido de hombre y mujer que habita por el mundo, como así igualmente, al momento en que ese individuo resulta reconocido por el derecho como sujeto capaz de disponer de una aptitud como para ejercer la “*titularidad de derechos y deberes*”; es decir, convertirse en el protagonista necesario y destinatario final de todos estos preceptos que, a la postre, no hacen más que describir reglas específicas de conductas como instrumentos de convivencia en una sociedad.

En esta caracterización conceptual y de profundo contenido moral de la persona humana, tuvo nuestro Código la originalidad de la primacía y la valentía de la determinación de incorporar su concepto como ley escrita, pero en realidad, no hizo otra cosa que seguir una larga e importante tradición que la legislación nacional dentro de la vertiente romana-hispana cristiana, que constituye el cimiento fundante de toda la normatividad de Occidente al que nos vinculamos a través de nuestros precedentes históricos, culturales y raciales, mundo del que formamos parte precisamente, por obra de todos estos antecedentes que señalamos en esta oportunidad.

## 2. Fuentes del art. 51 del Código Civil

En la nota al art. 51, Vélez Sársfield reenvía como precedente y, en consecuencia, fuente directa de la norma en cuestión, al art. 35 del Proyecto de Freitas, luego más atrás, del art. 107 del proyecto de García Goyena y al final, las Siete Partidas a través de las citas del L. 5, Tít. 23, Par. 4<sup>a</sup>, y L. 8 Tít. 33, Part. 7, para concluir por fin en el Digesto, LL 12 y 14, Tít. 5, Lib. I. con mención directa de Paulo.

## 3. Las definiciones romanas

Efectuaremos el recorrido histórico siguiendo la vía inversa a la cita, es decir, comenzando por el Derecho Romano, cuya concordancia debe

atribuirse a un principio establecido por el senadoconsulto Tertuliano <sup>4</sup> y que se traduce en las citas de los fragmentos 12 y 14 del jurisconsulto Paulo, en el Libro 1, Título 5 del Digesto, cuya rúbrica expresa: “*De statu hominum*”, es decir, sobre el “*estado de los hombres*” y que según la manera moderna de ubicarla corresponde a D.1.5.12 y 14 <sup>5</sup>, todo lo que demuestra -en razón de la existencia del acápite-, la preocupación del romanos por establecer un concepto que precisara la definición o el concepto preciso de “persona física”, seguramente surgido de las necesidades o exigencias propias del tráfico o de los prejuicios culturales o religiosos de la época.

El fragmento N° 12 -al que alude específicamente la nota al art. 51 C.C.-, afirma lo siguiente: “*Por la autoridad del doctísimo varón Hipócrates se admite ya, que el que nace al séptimo mes está maduro; por consiguiente hay que creer que el nacido de justas nupcias, en el séptimo mes es hijo legítimo*” <sup>6</sup>, nota que, en realidad, se refiere más al comienzo mismo de la vida de una persona que a su condición de tal, la que a nuestra manera de ver se especifica en forma más precisa en el otro parágrafo que transcribiremos a continuación.

En el fragmento N° 14, por el contrario, se avanza más en lo que constituye el meollo central del problema, en cuanto estipula: “*No son tenidos por hijos los que nacen sin la forma humana habitual, como cuando una mujer da a luz algo monstruoso o prodigioso. Pero el parto del que tiene miembros humanos en número superior al nor-*

---

<sup>4</sup> Federico C. de SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, traducido por Jacinto Mesía y Manuel Polley, 2ª ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, t. 1, Capítulo II, parágrafo LX, pág. 305.

<sup>5</sup> Humberto VÁZQUEZ, *Transcripción, análisis y traducción de las fuentes romanas del Código Civil argentino -158 primeros artículos-*, correspondiente al “Seminario Taller de Investigación”, efectuado por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, con la participación de los profesores abogados: Beatriz Ahumada Salas, María Elena Bazán, Santos A. Caminos, Edit Ezcurdia, Graciela L. Fernández, Laura Micieli, Silvia Olocco y Susana Vidotto.

<sup>6</sup> *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, A doble texto traducido al castellano del latino por Idelfonso García del Corral, Barcelona, Ed. Kregel German, Olserbügen, 1987; D.1.5.12.: Fragmento 12: “*Septimo mense masculi perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui, ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustus filius esse*”.

*mal parece en cierto modo perfecto, y por lo tanto se contará entre los hijos”* <sup>7</sup>.

A su vez, en el Título XVI, del Libro L, N° 135 del Digesto<sup>8</sup> y bajo el acápite de “*De verborum significationem*”, o sea de la “*Significación de las palabras*”, Ulpiano formula los siguientes “*Comentarios á la ley Julia y Pabro IV*”: “*Alguno preguntará , si, habiendo una mujer dado a luz un parto portentoso, ó monstruoso, ó defectuoso, ó singular por su vista ó extraordinario por su lloro, no de figura humana, sino más bien de otro animal, deberá, puesto que ella parió, aprovecharle esto; y es más cierto que esto también les aproveche á los padres; porque no hay cosa que se les impute a los que en la forma que pudieron se atemperaron á lo mandado; y lo que sucedió por fatalidad no puede causarle perjuicio á la madre*”.

En la explicación dada por Savigny<sup>9</sup> de los textos transcritos, destaca los supuestos fácticos que se infieren de ellos, a saber: la existencia de una persona que dispusiese al nacer, de *miembro de más* (Paulo, IV, 9, Par. 3º, L. 14. *De statu hom-* (I, 5)); luego la hipótesis opuesta, o sea la situación de nacer con *miembros de menos* (L. 12, & 1º, *De Liberis* (XXVIII, 2º)<sup>10</sup>. Por último, asigna a la palabra *ostentum*, un significado amplio y comprensivo de diversos casos y en particular, el del “*monstrum*” (L. 38, *De V. S.* (L. 16).

Como se advertirá sin mayores esfuerzos interpretativos, toda la evolución del concepto de “persona física” a través de los diversos fragmen-

<sup>7</sup> *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, ob. cit., nota N° 4, D.1.5.14: Fragmento 14: “*No sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum anixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus ; et ideo inter liberos connumerabittur*”.:

<sup>8</sup> *Digesto*, Libro L, Título XVI, “*De verborum significationem*”, en el parágrafo 38, Ulpiano, *Comentarios al Edicto*, Libro XXVI, afirma: “*Labeón define lo ‘prodigioso’ todo lo que fue generado y hecho contra la naturaleza de cualquiera cosa. Mas hay dos géneros de prodigios: uno, siempre que nace alguna cosa contra la naturaleza, por ejemplo, con tres manos o pies, o con alguna otra parte de cuerpo, que es contraria a la naturaleza; otra, cuando alguna cosa parece prodigiosa, que los griegos llaman fantasma*”.

<sup>9</sup> SAVIGNY, ob. cit., t. 1, Capítulo II, parágrafo LX, pág. 305.

<sup>10</sup> SAVIGNY, ob. cit., t. 1, Capítulo II, parágrafo LX, pág. 305: “*si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat et hoc tamen rumpit*”.

tos del Digesto, alude siempre a la preocupación constante por encontrar un criterio capaz de diferenciar en diversas situaciones, donde alcanza esta caracterización por defecto, como así igualmente, el caso inverso, en tanto excede la normalidad natural de la vida de los hombres de carne y hueso, dilema que la doctrina posterior terminó caracterizando como la teoría del “*monstruo y del prodigio*”, lo que en definitiva no es otra cosa que la búsqueda de sus eventuales fronteras o límites naturales respecto de su identidad genérica.

#### 4. Código de las Siete Partidas

Dentro de los códigos españoles, la Ley V, de las Siete Partidas<sup>11</sup>, determina “*Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes; assi como si ouiesen cabca (1), o otros miembros de bestia (2). E por ende son tenudos el padre, nin la madre, de heredarlos en sus bienes; nin los deuen auer, maguer sean establecidos por herederos. Mas si la criatura que nasce, e figura de ome, maguer aya miembros sobejanos (3), o menguados, non empreste, quanto para poder heredar los biens de su padre, o de su madre, e de los otros parientes*”. (a) Véase nuestra nota 2<sup>a</sup> á la L. 3 de este mismo título”.

Si se analizan las tres notas que obran en el texto de esta Ley V, comienza con un brocardo en latín, en el sentido “*Qui monstruosi nati sunt*”, lo que importa sin ninguna duda, el reconocimiento explícito de la posibilidad de *monstruos*, que en razón de ello no alcanzan la cualidad o

---

<sup>11</sup> Los Códigos Españoles concordados y anotados. Código de las Siete Partidas. La Tercera, Cuarta y Quinta, 2<sup>a</sup> ed., Madrid Antonio de San Martín Editor, 1872, t. 3, pág. 526. Especialmente la Ley V, bajo el acápite: “*De la criatura que nasce de muger preñada, non auicado forma de ome*”. Como se advertirá, del propio título donde se legisla la Ley V, queda planteada la hipótesis de si de una mujer puede concebirse alguien que no tenga forma de hombre, circunstancias que obviamente se corresponde a la cultura y la tradición jurídica de la época. Pero la circunstancia referida a los mecanismos de razonamiento propios de su tiempo, no desmerece la preocupación por establecer los límites dentro de los cuales debe ubicarse el género humano.

categoría de *hombres*, lo que equivale a la calificación actual de “personas físicas” o de “existencia visible”.

A renglón seguido se preocupa el precepto aludido, de explicitar de alguna manera cuando se configura para la ley la calificación de “*monstruo*” y en este sentido, comienza con el primer supuesto, que califica directamente como el que nace con *cabeza u otros miembros de bestia* y reenvía a una nota de la Glosa <sup>12</sup>, que refiere a los que nacieren “sin cabeza”, o que dispusiesen de una forma contraria a la de los hombres pero, como se advertirá, siempre tomando como punto de referencia la tradición romana.

En la nota dos <sup>13</sup> de esta Ley V, en cambio, alude a quienes tuviesen “*miembros de bestia*”, lo que importa el intento cierto por despejar eventuales situaciones anómalas de superposición de especies entre la humana y la animal, circunstancias que correspondían a creencias mitológicas o viejas tradiciones de ese tiempo.

Recuérdese en este sentido, antiguas religiones que concebían la posibilidad de determinados semihombres, sobre todo a través del cruzamiento de una mujer con distintos animales que revestían un significado especial, tales como el macho cabrío, el caballo, toros, delfines o peces y muchas otras formas, conforme da cuenta la literatura de la época.

Por último, en la nota tercera <sup>14</sup> del mismo supuesto que estamos analizando, se menciona a quienes nacen con “*miembros sobejanos*”, es decir, *miembros en exceso*, los que no serán considerados como un

<sup>12</sup> *Los Códigos Españoles concordados y anotados. Código de las Siete Partidas. La Tercera, Cuarta y Quinta*, ob. cit., t. 3, pág. 526: “(i) *Como si ouiesen cabeca. Istud est multibus inspiendum: quia forma humanis maximé cousistis in facie, per quam engnoscimu ut notat Glos. In & religiámin Instit .de rer. dirir. per l. cum in diversis, D. de religios et sump funer, undé isti habentes forman contrairam homini, seque essent haptiraodi, secundum Baid, referentem. Archib, in dicta l septimo mense*”.

<sup>13</sup> *Los Códigos Españoles concordados y anotados. Código de las Siete Partidas. La Tercera, Cuarta y Quinta*, ob. cit., t. 3, pág. 526: “*Miembros de bestia. Vide in I. Non sunt liberi 14 D. eodem, et in l, quaerret aliquis 133. D. de verb. Signi*”.

<sup>14</sup> *Los Códigos Españoles concordados y anotados. Código de las Siete Partidas. La Tercera, Cuarta y Quinta*, ob. cit., t. 3, pág. 526: “*Etiam si impediretur operatio membri, dum tamen habeat talis forman hominis, ut declarat Alber. In dieta l, non sunt liberi*”.

impedimento específico, en tanto no impidan la obtención de la forma de hombre.

Como se advertirá del estudio directo de la fuente citada por el Codificador, poco se agrega en realidad a los fragmentos del Digesto N<sup>ros</sup> 12 y 14 de Paulo antes transcritos, pero en cambio, sirve para tomar conciencia de un punto de referencia respecto de la sobrevivencia de estas creencias, al menos hasta la fecha de sanción de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.

### 5. *El proyecto de García Goyena*

La otra cita efectuada como fuente directa del texto en análisis, se trata del art. 107 del Proyecto de García Goyena <sup>15</sup>, que expresa: “*Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendiéndose del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales*”.

En realidad, se trata más de un precepto que dispone el instituto de la “*viabilidad*”, como herramienta para dirimir la situaciones de duda o confusión acerca si el *nasciturus* había nacido con vida y, en consecuencia, consolidaba todos los derechos adquiridos durante el embarazo, pero al mismo tiempo la explícita referencia a la *figura humana*, presupone la posibilidad o alternativa de que ello no ocurriese, circunstancia que ubica tal normativa en la misma orientación que la legislación romana en este sentido, sin por ello aportar otros elementos de juicio que indicasen lo que debía entenderse en tal sentido.

---

<sup>15</sup> Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, a cargo de F. Abienzo, Calle Corrientes, N° 32, 1852, pág. 121. El Proyecto elaborado en 1851 por el jurista Florencio García Goyena, titulado *Concordancias motivos y comentarios del proyecto Código Civil español* de 1851, fue elaborado por una comisión bajo su dirección, constituye el precedente inmediato del Código Civil español de 1888 y en realidad se encuentra influenciado de manera notoria por el Código Civil francés de 1804, precedente de donde Vélez Sársfield extrajo alrededor de 300 artículos de nuestro ordenamiento patrio.

## 6. *El Esbozo de Freitas*

Por último, queda analizar el art. 35 del Esbozo de Freitas<sup>16</sup>, que resulta claramente la fuente directa del art. 51 C.C., el que sin mayores consideraciones o comentarios explicativos sobre el texto -que como dijimos, nuestro Código reproduce exactamente y *a la letra-*, afirma que “*La redacción amplia del texto resume todo cuanto se ha escrito verdadera o falsamente sobre monstruos, hermafroditas y eunucos etc.*”, sin ulteriores comentarios o mayores disquisiciones a este respecto.

Sin embargo, es muy importante esta apreciación, porque cuando establece los ejemplos posibles y sobre los cuales la redacción del art. 35 del Proyecto, ha efectuado el resumen de “*todo cuanto se ha escrito verdadera o falsamente*”, se refiere a aquellos casos donde era menester despejar toda duda de la condición de “*persona humana*”, justamente cuando aparecen deformaciones profundas de la naturaleza, o en otras cuestiones vinculadas con la caracterización sexual de los *hermafroditas*, que hoy se consideran de manera completamente diferente a través del reconocimiento explícito de la “*transexualidad*”, como un síndrome propio y perfectamente caracterizado por las ciencias médicas, al igual que los *eunucos*, que a la postre, se encuadran normalmente dentro del supuesto más general del hermafroditismo.

Una acotación que parece evidente: Freitas se ubica ya dentro de la cultura del siglo diecinueve, en cuanto obviamente no interpreta de la misma manera las falsedades propias de un estadio del conocimiento capaz de reconocer a los *monstruos* o *prodigios* tal como ocurría en el Derecho Romano, presupuesto que resulta obviamente extensible a nuestro Codificador.

Un esfuerzo de ubicuidad al momento de la evolución de las ciencias médicas de la época de cuando el jurista brasileiro redacta la norma, podría interpretarse como una manera de disipar cualquier dubitación frente a situaciones donde la ignorancia, la superstición o el desconocimiento supino

---

<sup>16</sup> A. J. FREITAS, *Código Civil. Proyecto*, traducido al castellano por Arturo Pons. Buenos Aires, Imprenta “El Hogar y la Escuela”, 1900, t. 1, pág. 40, art. 35: “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”.

de la ciencia respecto de estos estadios de la naturaleza podría haber producido alguna hesitación respecto a la definición del género humano.

En cambio, los supuestos médicos reconocen claramente otro tratamiento y, por lo tanto, se encuentra justificada su inclusión de la manera en que fuera redactado por el ilustre jurista brasileño.

### **III. Conjeturas en torno de la decisión del Codificador de definir las personas de existencia visible o personas físicas**

#### *1. Nota acerca de la inconveniencia de introducir definiciones en los textos legales*

En la nota al comienzo Libro II, Sección Primera, Parte Primera, art. 495 C.C., Vélez Sársfield, refiriéndose al concepto de obligación, afirma: *“nos abstenemos de definir, porque como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues, mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de su vocablo, o por su influencia en las disposiciones de una manera especial. La definición exacta en los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos a toda materia puramente doctrinal, a lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino a lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande o prohíba, debe sólo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de derecho”*.

Estas apreciaciones tan terminantes abren indudablemente el gran interrogante que intentamos dilucidar en el presente trabajo, referido a los fundamentos que movieron al Codificador a explicitar esta definición, teniendo en cuenta sus propias apreciaciones precedentemente recordadas, que deberían haberlo inducido a una solución completamente opuesta a la que en definitiva adoptara.

¿Cuáles fueron entonces las razones -si es que podemos encontrarlas-, que llevaron al Codificador a la adopción de esta solución, que claramente contradecía su concepción clásica o en torno de las reglas básicas de lo que se ha denominado la “buena técnica legislativa”, que desaconseja introducir cuestiones doctrinarias en las leyes escritas?

## *2. La doctrina nacional*

Las explicaciones que ha dado predominantemente la doctrina al respecto, no nos han resultado convincentes, circunstancias que nos indujeron a buscar elementos objetivos que dieran si no la certeza, al menos algún indicio preciso y concordante que facilitara el hallazgo de argumentos convincentes.

### *2.1. Manuscritos del Código Civil*

En miras a la consecución de tal objetivo, apelamos a lo que tenemos a mano en la Universidad Nacional de Córdoba, es decir, nos referimos a los manuscritos del Código Civil, que se encuentran bajo su custodia por propia determinación de su autor.

Normalmente cada artículo dispone de dos borradores, o muchas veces -según la complejidad del instituto- es factible encontrar hasta tres, aunque es bueno reconocer que generalmente el último importa la reproducción textual de lo que luego resultará publicado en la edición oficial.

De ahí entonces que los documentos anteriores, esto es el primero o eventualmente el segundo constituyen objeto de mayor curiosidad para el investigador, ya que generalmente es factible el hallazgo de datos o indicios de la manera que avanzó el discurso lógico hasta llegar a la fórmula final o definitiva.

Con esa ilusión pensamos que debajo del art. 51 de estos manuscritos -que no coincide con el número del Código, sino que dispone de una

individuación basada en función de ese capítulo-, encontraríamos algún dato que echara luz sobre esta cuestión, pero nuestra desilusión fue grande cuando advertimos que ni siquiera existe otro borrador, sino que todo aparece en un solo documento que reproduce *a la letra* el contenido y la redacción actual del precepto y las fuentes que menciona la nota, lo que nos llevó en definitiva, a no poder extraer ningún elemento capaz de arrojar luz a este problema.

No obstante ello, queda un margen de duda, en cuanto de manera lateral existe un papel que alude al extravío de algunos documentos correspondientes a esta parte de la Sección Primera, del Libro Primero, donde quizás podríamos haber encontrado alguna pista o antecedente a este respecto, pero -reiteramos- hoy sólo es factible consultar el texto a que hacemos alusión precedentemente.

## 2.2. *El “Comentario de la Institutas” de Arnoldo Vinnio*

La otra alternativa a considerar en miras a la profundización de esta línea de investigación, se refiere a la formación romanista que Vélez Sársfield recibiera de su maestro de Institutas, Juan Antonio de Saráchaga<sup>17</sup>, mientras cursaba sus estudios de grado en la Universidad de Córdoba, especialmente a partir del año 1818, ya que abandona definitivamente las aulas en 1820 con el título de “bachiller”.

Las características y modalidades especiales con que se autorizó la creación de la Cátedra de Institutas el 29 de Agosto de 1791, nos permiten lograr la certeza respecto de los textos a través de los cuales se impartiera el estudio del Derecho Romano en esa época colonial y primeros años posteriores a la Revolución de Mayo, ya que la Cédula Real dictada por Carlos III, luego de aceptar la petición de la Universidad -que

---

<sup>17</sup>Juan Carlos PALMERO, Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, agosto de 1984. Al estudiar los antecedentes históricos del sillón que ostentamos en esta corporación, Juan Antonio de Saráchaga, pudimos comprobar que con motivo de la cesación del Dr. Victorino Rodríguez como titular de la Cátedra de Institutas, por decisión del rector Deán Gregorio Funes, tuvo que hacerse cargo de la misma Juan Antonio de Saráchaga, que para ese entonces tenía muy poca experiencia y rondaba los veinticinco años. Ello no obstante, asumió su responsabilidad con toda preocupación y esmero y según comentarios de la época desempeñó sus funciones con responsabilidad y dedicación.

hasta ese momento y desde su creación en 1613, omitía completamente conocimientos seculares de ninguna naturaleza-, dispone que debe utilizarse la obra de Vinnio y agrega como una suerte de recomendación, el no dejar de tener en cuenta el “*derecho regio*”, es decir, la normatividad dictada por la Corona española para sus virreinos coloniales<sup>18</sup>.

A este dato histórico se agrega otro, de no menor significación, porque alude directamente a la época en que Vélez cursara su carrera y se trata del dictamen efectuado por el Deán Gregorio Funes en 1813<sup>19</sup>, referido a las modificaciones que debían efectuarse al plan de estudios de la Universidad de Córdoba y cuando se refiere específicamente a este tema, recomienda continuar enseñando Institutas por la obra de Vinnio<sup>20</sup>, lo que nos permite afirmar entonces, sin la menor hesitación al respecto, que este texto debe ser considerado como una de las fuentes directas de la formación romanista del Codificador<sup>21</sup>.

Es verdad que diversos antecedentes revelan que los alumnos estudiaban por un libro más sencillo y accesible para su preparación, que se

<sup>18</sup>Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Estudios de historia del derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. III, “La formación intelectual de Vélez Sársfield”, pág. 414. Corrobora plenamente lo aseverado en el sentido de que la obra de Vinnio constituyó el texto de referencia para el estudio de las Institutas. Agrega además, con referencia al importante trabajo del jurista cordobés Agustín Díaz Biolet (*El Derecho Romano en la obra de Vélez Sársfield*, Córdoba 1949, t. I, 3), la importancia que revistieran también los once volúmenes de Jaques Cuyas o Cujaccius (1522-1590) y Denys Godofredo (1549-1622) en los dos tomos del *Corpus*, todo lo que nos permite concluir sobre los fundamentos ciertos de la formación clásica que obtuviera durante el transcurso de su carrera de grado, concluyendo el autor que esta nómina de autores revela las “*fuentes de la formación inicial*” del Códificador.

<sup>19</sup>Gregorio FUNES, *Plan de Estudio para la Universidad Mayor de Córdoba*, Córdoba, 1813, en Biblioteca de Mayo, Colección de Obras y documentos para la historia argentina, edición especial en Homenaje al 150° Aniversario de la Revolución de Mayo de 1810, Autobiografías, Buenos Aires, 1960, t. II, pág. 1580.

<sup>20</sup>Arnoldi J.C. VINNI, “In Quatuor Libros. INSTITUTIONUM Imperialium. COMMENTARIUS Academicus et Forensis. J.O. Gottl HEINECCIUS JC. Recensuit, et Praefationem Notulasque Adjecit. Cui Jacobi GOTHOFREDI JC. Historia, et Bibliotheca juris civilis romani praeponitur, Accedit etiam ad calcem Edictum perpetuum SALVII Juliani a Guilielmo RANCHIO collectum. Editio Novissima, Ceteris Auctior, et Emendatior”, NEAPOLI, MDCCCXXV - Typis Lucas Marotta. In via S. Blasii n. 119, t. I, pág. 5 y ss.

<sup>21</sup>Abel CHANETON, *Historia de Vélez Sársfield*, 2ª ed., Buenos Aires, La Facultad, 1938, t. I, pág. 24. Refiere con precisión y por cita de Enrique Martínez Paz, los diversos

conocía como la *Vulgata*<sup>22</sup>, que era una suerte de resumen simplificado de esa obra, pero a los efectos de la investigación que nos preocupa, este dato no reviste una importancia decisiva, porque si nada dice el texto principal, menos factible será hallar algo en un resumen adaptado para los estudiantes principiantes en su formación jurídica.

Así las cosas, consultamos la obra de Vinnio en su edición original escrita en latín, como así la que formaba parte de la biblioteca del autor del Código, que se encuentra anotada por Eineccius y con el agregado de comentarios en griego, circunstancia que seguramente dificultaba mucho su comprensión por los alumnos, todo lo que parece ya una verdad que no discute nadie con relación al texto de estudio de las Institutas para esa época.

No obstante, dentro de los comentarios al Lib. I. Tít. De Justitia et Jure, Titulus I. De justitia et jure Concord. Lib. I. Tit. I. Dig., pero en particular, en su Titulus Tertius. De Jure Personarum. Conc. Tit. 5, Lib. 1 D. y bajo el interrogante “*Quid hic persona? Quid status, et jus personae*” sólo se refiere al “*statu hominen*” y unos párrafos más abajo aclara que alude a los supuestos de una “*intelligimus personam hic non qualitatem civis*”, comentario que no aporta ningún antecedente que permita inferir las razones por las cuales resulta necesario definir a la “*persona física*”, más que como en este caso, se la emplea sólo para diferenciarla en una clasificación entre libres y siervos.

---

pasos en la formación del Codificador, a saber: se inscribe primeramente y a partir de 1814, en la Facultad de Artes por espacio de cuatro años y luego, en 1818 se matricula en el primer curso de leyes donde pasa indudablemente a tomar contacto ya con el estudio de las Institutas en la forma indicada, circunstancias entonces que nos permiten conocer con absoluta exactitud el texto básico sobre el cual obtiene su formación romanista. A los veinte años logra el título de bachiller, desentendiéndose del cursado de dos años más consistente en las llamadas *Ignacianas*, indispensables para la obtención del doctorado.

<sup>22</sup>Joannis SALA, Valencia, 1779. Al pavor de Sala se le atribuye el comentario, resumen o castigo de la obra de Vinnio, conocida como *Vulgata* o también *Vinnio castigatus*, en razón de las simplificaciones que formula su autor en orden a lograr una mejor comprensión de sus textos por parte de los estudiantes, a la que alguna doctrina -poniendo en tela de juicio este trabajo- sostiene que más que “*castigado*”, el autor holandés fue “*flagelado*” (conf. Abel CHANETON, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires, La Facultad, 1938, t. II, pág. 117).

Para abreviar las conclusiones, ningún elemento se infiere de estos antecedentes, que seguramente sirvieron para la creación de una cultura romanista<sup>23</sup> que podría de alguna manera haber explicado las razones de tan importante excepción a la regla del “*buen arte de legislar*”, evitando las definiciones en los textos legales.

Conforme lo expuesto precedentemente, podemos extraer una primera conclusión, en el sentido de que de los antecedentes objetivos y ciertos que podrían habernos ayudado a encontrar alguna razón para definir legalmente a las personas físicas, nada se ha logrado obtener, circunstancia que nos obligará de alguna manera, a invadir el terreno movido de las conjeturas, que aunque pueden ser muy interesantes, no lo gran, sin embargo, el grado de certeza que precisa un razonamiento científico correcto, como hubiera sido nuestro deseo.

### 3. *El problema de humanidad de los indios*

La Universidad Nacional de Córdoba fue fundada en 1613 por Fray Fernando Trejo y Sanabria, siendo conducida por los jesuitas hasta el momento de su expulsión a mediados del siglo XVIII, decisión que adoptara el monarca español Carlos III el 27 de febrero de 1767, en razón de una serie de circunstancias y seguramente múltiples motivos -muchos de ellos todavía no esclarecidos suficientemente- que, a la postre, sirvieron de fundamento a tan conflictiva, lamentable y perniciosa decisión.

El debate en torno a si los aborígenes de América, podían ser reconocidos como personas humanas dentro en un estrato inferior, es decir,

---

<sup>23</sup>H. VÁZQUEZ, M.E. MICIELI, M. E. BAZÁN y M.A. CALVO LEAL, *Cátedra de Derecho Romano, El Derecho Romano en la Biblioteca del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield. Ensayo Histórico*, Córdoba, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1996, con prólogo del Dr. Enrique Daniel Tello Roldán. En esta obra colectiva se hace un inventario completo, anaquel por anaquel, de la biblioteca que perteneciera al Dr. Dalmacio Vélez Sársfield y que se encuentra en el Templete de la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba, donde figuran los autores y títulos más relevantes de la época, datos que revelan la formación completa del Codificador en esta materia.

en el grado de “*humanoide*”, constituyó a no dudar, una cuestión que preocupó a los estudiosos y clérigos de la época, generando una serie de consecuencias tanto en el orden estrictamente religioso, como así en el secular <sup>24</sup>.

Recuérdese a este respecto la Bula “*Sublimis Deus*”, dictada el 2 de junio del año 1537, donde el Papa Pablo III <sup>25</sup> pretende no sólo definir “*la racionalidad*” del indígena, sino que precisamente a partir de esta premisa indubitable, es que se los ubica en la categoría de “*personas humanas*”, con aptitud suficiente para el ejercicio en plenitud de sus derechos como así del cumplimiento de sus obligaciones, sin que exista diferencia alguna con los demás hombres, siéndoles reconocida de manera expresa su libertad para disponer de sus posesiones y a la vez, abrazar la fe católica, circunstancias que los habilitaban para que se les predique el Evangelio con métodos pacíficos evitando todo tipo de crueldad.

Esto revela claramente que en la cultura de la época existió un debate en torno de los límites donde debía entrar a reconocerse la “*condición de humanidad*” o, si se quiere, desde una visión más amplia, del “*géne-*

---

<sup>24</sup>Raymundo SALVAT, *Derecho civil argentino*, Buenos Aires, TEA, 1952, N° 451, pág. 185. Se refiere a que el concepto de humanidad mencionado en el precepto en estudio, se encuentra vinculado con el derecho de igualdad civil previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, en el sentido de la prohibición del reconocimiento de clases o castas, de la esclavitud o de la debida consideración de los extranjeros, situaciones que pueden adicionarse según el criterio de discriminación que se utilice. Dentro de este contexto, indiscutiblemente, aparece una suerte de inhumanidad por defecto; es decir, situaciones donde se alcanza el estado ontológico de humanidad, circunstancia que obviamente alcanzó durante un largo periodo con relación a los aborígenes.

<sup>25</sup>Promotores de este documento fueron los frailes dominicos, como Bernardino de Minaya y Julián Garcés, obispo de Tlaxcala, siendo el primero protegido por la monarquía portuguesa. Entre los diversos argumentos que expresa el documento en cuestión, merecen transcribirse las partes más relevante a estos efectos, como ocurre cuando expresa que debe prestarse debida atención a los indios que “*como verdaderos hombres que son*”, como así de manera todavía más contundente afirma el Papa Pablo III que “*haciendo uso de la autoridad apostólica, determinamos y declaramos por las presentes letras que dichos indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre*”... “*y deben ser invitados a abrazar la fe de Cristo a través de la predicación de la Palabra de Dios y con el ejemplo de una vida buena, no obstante nada en contrario*”.

*ro humano*”, polémica que indudablemente no quedó relegada al ámbito estrictamente religioso, sino que también invadió el campo secular, cuando no pocos conquistadores o encomenderos pretendieron considerarlos dentro de una categoría inferior al llamado “*statu omine*”, como si se tratase de un estadio inferior a esta cualidad ontológica y moral.

Los frailes dominicos Francisco de Vittoria y Bartolomé de las Casas -este último en su conocida obra *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1542)- influyeron con su prédica y defendieron con pasión el derecho de los indígenas que, obviamente, partía de una base de estricta igualdad con los demás hombres, sin distinción de color, raza o religión, todo lo que constituyó a no dudar, uno de los primeros alegatos en torno de la plena vigencia de sus derechos humanos.

Esta corriente de pensamiento, verdaderamente progresista para su tiempo, llegó rápidamente a hacer sentir su influencia en la reciente Universidad de Córdoba, donde los sermones del jesuita Diego de Torres invadieron los claustros centenarios de la vieja casona, clamando por justicia y cabal reconocimiento de la plena igualdad de los indios respecto de los europeos, debate que indudablemente ocupó el centro de atención de esta institución especialmente en los siglos XVII y XVIII.

¿Cuál era el grado de vigencia de estas cuestiones a principios del siglo XIX, cuando el Codificador obtiene su formación jurídica?

Una razón de simple lógica permite afirmar que seguramente no tuvo la misma intensidad o vigencia de lo que ocurría en la etapa inmediata posterior al descubrimiento de América, pero lo que también es factible deducir es que el tema revistió algún grado de gravitación al momento que estamos considerando, ya que resulta difícil que un debate de este tipo desaparezca completamente de los claustros universitarios y para más, emplazados justamente en el continente que generara el problema.

Por otra parte y según expresa remisión del Codificador, la legislación patria en general y de manera particular la Asamblea General de 1813, había recientemente derogado toda la legislación discriminatoria en general y muy particularmente, del régimen de esclavitud, declarando a todas las personas iguales ante la ley, sin diferencias raciales o basadas en otros criterios de selección, títulos nobiliarios o privilegios derivados de cuestiones de sangre.

Si estas razones resultan compartidas y en la alternativa de aceptar la definición de Freitas -la que a su vez se enmarcaba en la línea histórica del Derecho Romano-Hispano-, es factible que haya gravitado -no sabre-

mos nunca en qué grado o dimensión- por su aceptación e inclusión dentro del Código, seguramente en la creencia de que importaría un precepto que quizás pudiera tener algún grado de influencia con relación a la realidad nacional.

#### 4. *El pensamiento de Freitas*

Tal como hemos dicho en el punto II.6. de este trabajo, la fuente directa del art. 51 C.C. lo constituye el art. 35 del Esbozo de Freitas, el que además de la mención de las fuentes clásicas, advierte que la “*re-dacción amplia del texto resume todo cuanto se ha escrito verdadera o falsamente sobre monstruos, hermafroditas y eunucos etc.*”.

Resulta realmente interesante el brevísimo comentario del jurista brasileiro, en cuando explica que se trata de un texto de amplitud hermenéutica que, en alguna medida -lo que resulta absolutamente cierto-, resume o consolida todos los precedentes históricos existentes hasta ese momento, pero agrega que lo hace sobre lo “*que se ha escrito verdadera o falsamente sobre monstruos, hermafroditas y eunucos etc.*”.

Es evidente que en pleno siglo XIX el estado de evolución de la cultura había alcanzado un grado de desarrollo suficiente como para despejar dudas respecto de la posibilidad de engendros, mitológicas mixturas entre seres humanos y dioses o con animales sagrados, relatos que obviamente, quedaron relegados al amplio género de la leyenda.

Por el contrario, la falta de precisión de las ciencias médicas, frente a fenómenos como el *hermafroditismo* en sus más variadas especies o modalidades, como así el tema de las situaciones donde había duda respecto de si había o no nacido una persona con vida, demuestra que se trató del factor determinante para la adopción de la definición histórica de las personas físicas, al que desde siempre se lo ha asimilado a la *condición de humanidad*.

En otro sentido, Freitas es el primer jurista que elabora realmente una *Teoría general de la personalidad*, caracterizando tanto al género, como así igualmente a las especies, mediante su clasificación bipartita en personas de “*existencia física*” y “*jurídicas*”, circunstancias que si se toma en cuenta lo trascendente del cambio, como así la elaboración de su

sistema cerrado y completo, agrega un argumento razonable en orden a la necesidad de establecer definiciones, dado que se trata nada menos que de uno de los elementos necesarios e imprescindibles en orden a la conformación de una relación jurídica válida.

Consideramos entonces que estas dos circunstancias, una de orden práctico y otra que apunta más bien a una necesidad de la teoría general de carácter predominantemente técnico, influyeron sobre el juriconsulto que estamos analizando, como factores determinantes en miras a encontrar una explicación acerca de los motivos que lo movieron a abandonar las reglas de buena legislación que recomiendan evitar las cuestiones doctrinarias en lo supuestos legales.

### *5. La decisión del Codificador*

Desde esta estricta perspectiva conjetural -sin que ello implique nada más que un mero parecer o impresión personal, faltándonos obviamente, una evidencia objetiva-, consideramos que Vélez se inclinó por adoptar la fórmula completa del Esbozo sin cambios de ninguna naturaleza, antes que nada, porque se trataba de la primera vez en el mundo que un ordenamiento formulara una “*teoría general de la persona*” de esta magnitud y contenido, circunstancias que obviamente lo colocaron en la situación, como él mismo lo reconoce, de “*seguir a la letra*” a este antecedente legislativo.

Pero además -en la consideración o conveniencia práctica del modelo-, debe haber pensado obviamente que en un país que durante tantos años estuvo sometido a las imposiciones de las leyes regias, cuya gravitación en la vida de estos pueblos resultaba indubitable, este precepto no implicaba algo completamente fuera de lugar; por el contrario, seguramente que en alguna oportunidad podría utilizarse como herramienta de justicia en orden a la desaparición de cualquier abuso o desconsideración respecto del trato que debía dársele a los indígenas.

Si se quiere buscar las razones del art. 51 C.C., nos inclinamos entonces por estos dos argumentos expresados en los párrafos anteriores de este punto III.5, los que además de responder al sentido común, se corresponden con la inteligencia del Codificador y su gran conocimiento de la realidad del país en el cual su legislación iba a regir sus destinos.

#### IV. Crítica e incompreensión de la doctrina nacional a la definición del art. 51 del Código Civil

Más allá de todas estas consideraciones, que sirven sin ninguna duda, para encontrar alguna explicación lógica y razonable a la determinación de incorporar al Código Civil una definición legal de persona humana, lo cierto es que parte de la doctrina nacional no fue benevolente con ella, esgrimiéndose una serie de argumentaciones críticas efectuadas desde muy diversos puntos de vista <sup>26</sup>.

Otros, en cambio, comprendieron <sup>27</sup> y aceptaron esta determinación <sup>28</sup>, o se mantuvieron neutrales, sin formular comentarios especiales <sup>29</sup> sobre este particular <sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup>En los proyectos de reforma del Código Civil, suprimen esta definición: el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1954, del Dr. Jorge Joaquín Llambías y el Proyecto de Código Civil 1988. En todos se mantiene una “teoría general de las personas”, pero se suprimen las definiciones de los arts. 30, 32 y 51 del Código Civil. En los “Fundamentos” del último de los mencionados precedentes, se explica que “*se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario*” y agregan, que “*se evaluó efectuar una definición de persona humana a partir de su capacidad de derecho, pero que siendo la persona un centro y un fin, prefirieron apoyarse en la noción que alberga la Constitución de 1853, con la Reforma de 1994*”. Por el contrario, en el Proyecto elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987, bajo el acápite de “Otras modificaciones al Libro Primero”, se preserva la definición del art. 51 aunque se le agrega: “*Las personas de existencia visible son también llamadas en este Código ‘personas físicas’*”. El Proyecto de Unificación de 1993 no introduce modificación alguna.

<sup>27</sup>José O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, t. 1, pág. 113. Elogia la defensa que hace el precepto de la condición de humanidad en cuanto no toma en consideración las calidades o los accidentes, que implica en los hechos una apreciación respecto de los defectos físicos de las personas, los que, “*siguiendo las legislaciones más avanzadas*”, no les quitan ni disminuyen su capacidad de derecho.

<sup>28</sup>R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, t. 1, parágrafo 55, pág. 139 y ss. El autor constituye a nuestro criterio, quien con más cuidado, prolijidad y detenimiento ha considerado y evaluado en la doctrina nacional, su sentido y alcance, abarcando su tratamiento tanto los antecedentes históricos, como así sus implicancias prácticas como norma de referencia frente a casos o supuestos de nacimientos anómalos por exceso o defecto de miembros u órganos constitutivos del ser humano, sin que ello afecte en lo más mínimo la condición de humanidad.

Algunos entendieron<sup>31</sup> que se trataba de un grave error metodológico, en cuanto a, como es sabido, no resulta de buena técnica legislativa transformar en leyes lo que en realidad es materia doctrinaria o científica, porque aquéllas tienen carácter dispositivo y no pedagógico o de enseñanza del derecho.

Otros aludieron<sup>32</sup> a la circunstancia de que se basaba en un criterio absolutamente perimido, en razón de expresar un estado de la cultura universal carente de toda vigencia real<sup>33</sup>, pues ya nadie puede reconocer la existencia ni de *monstruos*, ni menos aún de *prodigios*; es decir, seres superiores o inferiores al hombre medio.

---

<sup>29</sup> Eduardo BUSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. 1, pág. 405. Sin formular demasiados comentarios, extrae sin embargo la sustancia de la interpretación del precepto, en cuanto que cualquiera sea la modificación o alteración del ente, no le quita su capacidad de derecho, siempre que tenga signos característicos de humanidad. Aporta la cita de Ferrara y de Orgaz. Después se ocupa del tema de los siameses cuando trata el problema de un solo cuerpo y dos cabezas que, en general, se ha entendido que debe ser considerados como dos personas distintas, solución que pone en duda a la luz de la complejidad que pueden ofrecer los diversos supuestos de la realidad.

<sup>30</sup> Carlos Alberto GHERSI, *Derecho civil. Parte general*, con la colaboración de Mariana Di Prospero y Leandro Vergara, Buenos Aires, Astrea, 1993, parágrafo 50, pág. 85.

<sup>31</sup> Juan Antonio BIBILONI, *Anteproyecto de reformas del Código Civil*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929, t. 1, pág. 12. Afirma el autor en el art. 1º, que "... Evita definiciones como la de persona y sus especies que el Código actual contiene, y que resultan ociosas por el hecho mismo de reconocer la ley derecho a los hombres, a las personas jurídicas y otras de existencia ideal, en las secciones en que se trata de ellas, como las asociaciones, la sociedades civiles y comerciales etc. Sobre el 1º párrafo, parágrafo 1, C. alemán".

<sup>32</sup> Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1967, t. I, N° 320, pág. 240. Se queja el autor con referencia a este precepto, que "muestra el exceso de definiciones que al Código Civil caracteriza. Sin duda, si hay algo de intuición inmediata y que no requiere definición, menos en un cuerpo de leyes, es el propio ser humano, aquí aludido en forma bastante pueril, con resonancias de antiguos prejuicios sobre la existencia de monstruos o prodigios que pudieran nacer de la mujer". Resulta evidente la distancia del autor con relación a los motivos que indujeron al Codificador a la incorporación de este artículo que no tuvo nada de pueril ni excesivo, teniendo en cuenta no sólo la historia nacional, sino también la circunstancia de constituir el primer precedente universal de elaboración de una teoría general de la personalidad, no habiéndose advertido ninguno de estos dos antecedentes antes de formular la crítica.

<sup>33</sup> Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, t. I, pág. 255. Sostiene el autor que la disposición es un resabio de las viejas

Desde otra orientación, se dijo igualmente que la caracterización incurría en una tautología, ya que implicaba repetir en la definición, precisamente el objeto definido, tal como sucede cuando se expresa que “*hombre es igual a humanidad*”, situación que produce el defecto señalado a la luz de esta orientación.

Por último, algunos entendieron que las definiciones históricas y mucho más aún, cuando no guardan ninguna relación con el medio o la cultura en la cual tendrán vigencia<sup>34</sup>, constituyen más bien la obra de una recopilación de antecedentes del pasado, que es lo que en definitiva tiene que ser la función propia y genuina de un dispositivo legal.

Por último, resulta por demás interesante el pensamiento de Spota<sup>35</sup>, en cuanto considera que el *nasciturus*, “*no presenta signos característicos de humanidad*”, pero debe ser considerado como persona, en razón de que dispone de aptitud para adquirir derechos, llegando a la conclusión de que la “*persona por nacer*” reviste esta cualidad, no por su humanidad, sino en razón de tal aptitud que el derecho le reconoce, premisa que evidentemente resulta equivocada a la luz de una racional hermenéutica del precepto, como así igualmente desde la perspectiva de la evolución científica de las ciencias normativas e incluso de las naturales.

Como se advertirá, los críticos del Código no comprendieron adecuadamente el significado y alcance de la definición, tanto si se lo mira desde un orden puramente técnico (“*teoría general del derecho*” en

---

leyes romanas y españolas, en cuyo tiempo se creía que las mujeres podían dar a luz monstruos o prodigios, tal como el ser que tuviera la cabeza u otros miembros de bestia, circunstancias que la evolución de las ciencias naturales ha desautorizado por completo.

<sup>34</sup> José W. TOBIAS, “Derecho de las personas”, *Instituciones de Derecho Civil, Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2009, N° 8, a), i), pág. 17. Considera que la definición refleja “*antiguas preocupaciones y creencias en la existencia de monstruos o prodigios, que descansaban que la unión sexual de un hombre y un animal, podía dar lugar a engendrar un ser de ambas naturaleza*”.

<sup>35</sup> Alberto G. SPOTA, *Tratado de derecho civil, Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1958, t. I, vol. 3, n° 592, B), pág. 31. Nos ha llamado la atención esta aseveración de este ilustre jurista en cuanto a la separación conceptual que efectúa entre la persona por nacer y la condición de humanidad, ya que a nuestra manera de ver, justamente esta definición permite arribar a una conclusión absolutamente contraria y constituye a no dudar una de las consecuencias benéficas que ha experimentado este precepto a la luz de su interpretación histórica.

general y de “*las personas*”, en particular), o respecto de su significación axiológica, según las experiencias históricas vividas en este sentido y que pueden reproducirse evidentemente en otro contexto, pero sobre el mismo e idéntico conflicto moral.

## V. Cambios experimentados a partir del descubrimiento del genoma

Los códigos históricos<sup>36</sup> -a semejanza de lo que ocurre con el nuestro o el francés, alemán o italiano- tienen la ventaja de que sus preceptos van siendo ajustados según las mutaciones culturales, científicas, o las costumbres sociales del país. De ahí que hemos dicho ya en otra oportunidad, que relacionarlo al tiempo de su sanción, resulta a todas luces una imprecisión, ya que en el derecho civil de hoy, por fuerza de la obra colectiva derivada de la conjunción de factores doctrinarios, jurisprudenciales o legislativos, se produjo una fuerte modificación, alejándolo considerablemente de sus propios orígenes.

Dentro de toda esta suerte de verdaderas revoluciones acaecidas en el mundo, desde que Vélez Sársfield redactara el art. 51 C.C., se encuentra quizás la más formidable aventura del hombre moderno, cual es el haber logrado descubrir nada menos, que el *genoma humano* o, como se ha dado en llamar, “*el libro de la vida*”, mediante el descubrimiento y explicación científica de los diversos elementos que componen la naturaleza humana.

En otro trabajo<sup>37</sup> hemos tenido oportunidad de hacer un largo relato y brindar los antecedentes y la historia del “*Proyecto de genoma*

---

<sup>36</sup> Juan Carlos PALMERO, “La reforma de los códigos históricos”, separata de *Homemaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. I, pág. 510.

<sup>37</sup> Juan Carlos PALMERO, *El derecho de la salud*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; *El derecho a la intimidad y el genoma humano*, Buenos Aires, Lex Sed, 2007, Serie II, Obras, N° 31, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, p. 90 y ss. Para mayores antecedentes, consultar este trabajo donde se

*humano” y allí lo caracterizábamos “como el más importante y trascendente avance en la investigación científica moderna, sólo comparable con los grandes adelantos de la energía nuclear o de la investigación espacial”.*

Es que a través de esta investigación que llevaron adelante los premios Nobel, Dres. Craig Venter y James Watson, se logra el pleno conocimiento -con la fuerza de las verdades objetivas- de la composición misma de nuestra identidad genética, mediante la clarificación del número de *cromosomas* que constituyen el ADN de una persona, junto con el juego completo de instrucciones hereditarias para la construcción y mantenimiento de un organismo vivo y de esta manera, transmitir esa misma vida a la subsiguiente generación.

A su vez, cada *cromosoma* reconoce una estructura anatómica perfectamente diferenciada mediante la existencia de *células* compuestas de un *núcleo*, que se integra a través de veintitrés pares de *cromosomas*, que combinados entre sí al momento de la fecundación, resultan capaces de formar un nuevo ser, único e irrepetible, compuesto de cuarenta y seis, aportados paritariamente por cada uno de los progenitores.

Por otra parte, cada *cromosoma* reconoce una alineación de “*otras unidades físicas, funcionales y determinantes de la herencia*”, que se denominan *genes*, habiéndose podido precisar en la persona humana primeramente, un número aproximado (entre 20.000 y 30.000), aunque luego el Prof. Dr. Craig Venter, responsable de CELERA -uno de los emprendimientos privados que llevara adelante estas tareas-, logra llegar a la conclusión de que se trata de veintiséis mil quinientos ochenta y ocho (26.588) *genes*, dando por finalizada de esta manera, la famosa lectura del “*libro de la vida*”.

No es el caso de que en este trabajo avancemos aportando datos de las ciencias naturales, ya que evidentemente no corresponde hacerlo, fuera de lo que constituyen aquellas conclusiones que revisten implicancias directas para el derecho, pero conviene en cambio destacar, con todo el peso que se infiere de una verdad absolutamente técnica, científica y, por

---

formula un desarrollo completo de los diversos pasos seguidos por el Proyecto del Genoma Humano, hasta lograr los datos suficientes para la lectura del código genético de la persona humana, a principios del presente siglo.

ende, objetiva, que a partir de estas premisas resulta posible establecer con certidumbre absoluta la lectura, sin margen alguno de equívoco o yerro de ninguna naturaleza, la llamada “*condición de humanidad*”.

Una interpretación adecuada y actual del art. 51 C.C., efectuada a la luz de los descubrimientos y precisiones que arrojará el conocimiento del *genoma humano*, nos permite aseverar, sin la menor hesitación, que la “*condición de humanidad*” significa para el derecho de nuestros días los 26.588 *genes* de los que dispone cada hombre en sí mismo considerado, perfectamente comprobables a través de un examen de ADN propio y diferente al de cualquier otra persona en el mundo, datos científicos que le otorgan a la definición de “*persona física*” un alcance y una validez que hasta ese momento se había puesto en duda o directamente negado.

Sin embargo, las consecuencias que se infieren de estos avances en la evolución de las ciencias biológicas o naturales, exceden con creces la función de por sí importante del reconocimiento de la identidad personal, para lograr también con las mismas características, la diferencia genética que existe entre las diversas especies del mundo animal o vegetal.

En definitiva, entonces, el completo conocimiento de las bases de la composición genética del hombre, ha servido de manera significativa para afirmar que cada persona constituye un *ser único e irreplicable* y esta misma información permite diferenciarlo de los demás habitantes del planeta Tierra, salto cultural de tal magnitud, que deja atrás las disquisiciones y cavilaciones que existieron a partir del comienzo mismo de la cultura occidental desde sus propios orígenes.

Siempre hemos dicho que en materia de bioética, cuando las ciencias naturales aportan conclusiones o afirmaciones dotadas de evidencias suficientes que le acuerdan validez universal, resulta sencillo al derecho construir o edificar sus instituciones, porque además de facilitar esta tarea, le asigna un significado concreto y el anclaje real que se infieren de las palabras de la ley. Baste un ejemplo en este sentido: cuando la medicina se puso de acuerdo en la definición de muerte o fin de la existencia terrena, resultó muy sencillo trasladarla a la ley de trasplantes de órganos y así podríamos citar muchos otros ejemplos más que exceden el marco de este trabajo

Y bien, sobre la base de todos estos elementos que ya forman parte de la cultura de nuestro tiempo, la famosa y cuestionada “*condición de humanidad*”, no necesita para su interpretación del apoyo de referen-

cias históricas del “*monstruo o del prodigio*”, ni menos aún, los aportes del debate decimonónico sobre el origen de las especies entre *creacionistas* y *evolucionistas* <sup>38</sup>, sólo basta un simple estudio de ADN para poder determinar esa exigencia de *humanidad* y al mismo tiempo, diferenciarlo de todo otro hombre, o de las demás especies que existen en el mundo.

La lectura del art. 51 C.C., formulada dentro de este nuevo contexto cultural, importa afirmar sin hesitación alguna, que la *humanidad* reconoce en los tiempos actuales, una caracterización técnica absolutamente precisa y objetiva, que despeja para siempre aquellos criterios que le reprochaban la inutilidad de su incorporación en la “*teoría general de la personalidad*”, pero al mismo tiempo, se le atribuye una proyección prác-

---

<sup>38</sup> Juan COMES, “Características del género ‘homo’ y su aplicación a la filogenia de los homínidos”, trabajo que se encuentra en el buscador Google de Internet. Conferencia pronunciada el 29 de octubre de 1969 en la Universidad de Madrid (Sección Biológicas), bajo el patrocinio de la Facultad de Ciencias y del Departamento de Antropología. Se hace un estudio muy pormenorizado del estado de la evolución de las ciencias que estudian el género humano y su relación con las demás especies, con anterioridad al descubrimiento del genoma humano. El trabajo se propone despejar la incógnita acerca de la determinación de la frontera o límite inferior en el proceso evolutivo biológico que concluye con el *homo sapiens*. Es interesante advertir cómo toda la investigación se desarrolla a partir del interrogante central; es decir, cuándo y cómo se inicia la diferenciación entre lo *infrahumano* y lo *humano* a partir de una suerte de género llamado *hominíade*, igual preocupación que tuvieron los antiguos cuando querían diferenciar el *monstruo* y el *prodigio*. Los científicos se dividieron entre los *creacionistas* o *catastróficos* que apoyados en una concepción eminentemente religiosa, defendían a ultranza la inmutabilidad de las especies conforme fueron creadas por Dios. En cambio, la tesis contraria, o sea los *evolucionistas*, cuyos exponentes más destacados fueron Jean Batiste Lamarck (1744-1829), Charles Darwin (1809-1882), Alfred Russell Wallace (1823-1913) a lo que se agregan los estudios genéticos de Malthaus con su teoría de la selección de las especies, llegan a la defensa de la evolución del género humano sobre la base de una evolución acaecida durante miles de años que fueron haciendo variar aspectos fundamentales como *bipedismo* que importó la liberación de los miembros anteriores para uso diferente del de la locomoción; variaciones en el *sistema dentario* que se fuera ajustando conforme a las diversas necesidades de alimentación; el *volumen cerebral* que le permite al hombre diferenciarse claramente de su vecino genético más cercano como ocurre con el chimpancé; el empleo de *herramientas* o diversas formas de utensilios que facilitaron una mejor calidad de provisión de comida y por último el *lenguaje*, que requiere más que sonidos referenciales, que éstos tengan una significación simbólica. Obviamente que todos estos esfuerzos científicos a la luz del desarrollo del “mapa de la vida” obtenido por el genoma humano, se han vuelto criterios que ya no revisten la importancia que tuvieron en su momento.

tica en la solución de una serie de problemas acuciantes, transformándolo en un instrumento válido en orden a encontrar soluciones de justicia de nuestro tiempo en materia de las “*personas físicas*”.

Lejos de constituir una *entelequia histórica*, o una *disposición pueril* o absolutamente *superflua* e *intrascendente*, ha renacido entre las cenizas de sus críticos con una significación trascendente, transformándose en verdadero instrumento al servicio de los jueces en miras a la consideración y resolución de conflictos y de una serie de cuestiones importantes en sus aspectos técnicos y axiológicos, tal como se verá en el punto siguiente.

Una vez más nuestro Codificador demostró que más allá de su incuestionable preparación técnica, tenía un sentido intuitivo y natural de la realidad, que le facilitaba -al momento de incorporar un instituto determinado-, discernir con justeza acerca de su conveniencia o inconveniencia para su país, al que conocía profundamente, circunstancias que nos indujeron a sentar las conclusiones formuladas a los puntos III y III.5. del presente trabajo.

## **VI. Nuevas fronteras en la aplicación del art. 51 del Código Civil**

1. La primera y más significativa aplicación que puede asignarse al art. 51 C.C., a la luz de la explicitación objetiva y científica del concepto de *humanidad*, consiste en facilitar la respuesta al acuciante interrogación acerca de *cuándo comienza la existencia de la persona física*, a la luz del debate abierto en el derecho moderno en torno de la naturaleza jurídica del embrión -corpóreo o extracorpóreo-, tópico que aun dentro de una legislación como la nuestra, que reconoce el valor ontológico del *nasciturus* como “*persona por nacer*” (art. 70 C.C.), genera profundas divergencias<sup>39</sup> en torno a si debe tomarse como punto de partida la *fecundación* o si por el contrario, corresponde hacerlo al momento de la *anidación* o implantación en el útero materno.

---

<sup>39</sup> XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Rosario y Universidad Católica Argentina, Rosario, 2003. En el punto II de las conclusiones de la Comisión N° 1, bajo el acápite: “Vida humana y persona humana” y sin que ningún

Para ser más precisos, se trata de asignarle una significación técnica al concepto de *concepción*, que para nuestro ordenamiento constituye un dato impreciso, ya que se considera como una época de ciento veinte días comprendidos entre el plazo máximo y mínimo de duración del embarazo, excluido el día de nacimiento, según las previsiones de los arts. 76 y 77 C.C.

No constituye el objeto de este trabajo, efectuar un desarrollo de los argumentos que esgrimen ambas posturas, pero a los efectos de poder comprender acabadamente la ventaja que significa para la dilucidación de la cuestión, el disponer de una norma como el art. 51 C.C., intentaremos efectuar una prieta síntesis de las argumentaciones que se esgrimen a estos efectos.

El problema no es sólo de las ciencias normativas, sino que proviene también -a nuestra manera de ver- de las ciencias biológicas o médicas, que han comenzado a formular una diferenciación entre lo que se considera un *pre embrión*, del *embrión*, según el estado de evolución del *cigoto* desde la fecundación hasta el momento en que logra anidarse e instalarse por completo en el útero materno.

Este distingo repercute en el campo estrictamente jurídico entre los que creen poder diferenciar la *vida humana*, de la *persona*<sup>40</sup>, como si no se tratase de un proceso único y continuado según el curso natural de la gestación, generándose esta diferenciación artificial nacida fundamentalmente de atribuir denominaciones diferentes según el estadio evolutivo

---

despacho obtuviera mayoría se dispuso: Despacho a): “*La existencia de la persona humana comienza con su concepción entendida como fecundación, y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana*”. Despacho b): “*Hay que realizar una distinción entre el comienzo de la vida humana y el reconocimiento de la calidad de persona. Resulta importante conferir protección a la vida humana antes de reconocerle personalidad jurídica*”.

<sup>40</sup> Alfredo ORGAZ, *Personas individuales*, Buenos Aires, Ediar, 1946, N° 3, pág. 32. En realidad, esta idea del jurista cordobés es formulada con anterioridad a los adelantos de las ciencias naturales. No estamos ciertos de cuál sería la posición del autor de la cita, frente a la necesidad de expedirse acerca de la naturaleza jurídica del embrión extracorpóreo, problema que tuvo un desarrollo particular con posterioridad a su fallecimiento.

(*diploide, mora o blastocito*, el a su vez, se halla compuesto del *trofoblasto* y *embrioblasto*).

Es muy importante esta parte del proceso del embrión -que aparece incluso en el periodo anterior a su anidación- como una desmentida terminante para quienes consideran que resulta una masa inorgánica de células. Justamente, el *embrioblasto* constituye la totalidad de las células que componen los órganos del cuerpo humano, para su formación dentro del proceso evolutivo. En cambio el *trofoblasto*, dispone sólo del material propio o atinente a la anidación a través de la *placenta*.

Frente a esta verdadera y auténtica fractura cualitativa del proceso biológico, en el pensamiento de quienes formulan la distinción señalada precedentemente, la *vida humana* no merece la misma consideración jurídica que la *persona*, lo que constituye a no dudar, el meollo central de la cuestión, tanto cuando se la proyecta sobre las posibilidades de destrucción de los embriones crioconservados, como en lo que hace a los límites de la investigación científica o ingeniería genética que puede efectuarse sobre ellos.

De la manera indicada, se perfilan dos momentos diversos en el comienzo de la personalidad, que a la luz de lo que ocurre en el campo de la naturaleza no resulta demasiado significativo, ya que el tiempo que demora el cigoto para descender por las tropas de Falopio hasta llegar al útero no supera los catorce días, pero desde el punto de vista jurídico, axiológico o de la preservación y defensa de los derechos humanos y en particular, el *derecho a nacer* o del *derecho a la vida*, tal cuestión reviste significativa trascendencia.

Los que defienden esta apreciación diferenciada del proceso de gestación, afirman que no es posible considerar al *pre embrión*<sup>41</sup> (fecundado, pero no implantado) como persona, por las siguientes razones: (i) aún no ha logrado la *individualidad* necesaria para reconocer su identidad

---

<sup>41</sup> Alberto J. BUERES y Elena HIGHTON DE NOLASCO, *Código Civil y normas complementarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, t. 1, pág. 63. Sostiene que “*el cigoto en estado de prenúcleo no es un ser humano por carecer de material genético propio. Habrá vida humana pero esa masa vivificada que es el pre embrión no justificaría el otorgamiento de la personalidad*”. Aunque utiliza el verbo en tiempo condicional, todo indica que se inclina por la posición de que el comienzo de la persona se inicia con la anidación.

jurídica, porque pueden producirse mutaciones o quimeras capaces alterar o afectarla durante este período; (ii) el segundo argumento radica en su completa falta de *organicidad*, dado que el óvulo fecundado sólo se encuentra sometido a un proceso de división celular extremo, sin poder reconocerse a ninguno de estos componentes, hasta que recibe el flujo sanguíneo materno una vez implantado en el útero y aparece la llamada *cresta neural*; (iii) se observa también, que carecen por completo de *sensibilidad* que a juicio de esta tendencia constituye un rasgo propio de la persona física y (iv) últimamente, se ha sostenido que faltando la existencia del cerebro, no es posible considerarlo de ninguna manera como un ente de características propias en la categoría de persona <sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, *Libro de Ponencias*, Talleres Gráficos Imprenta Lux, t. 1. La Comisión N° 1 de este importante evento científico, trató precisamente el tema “Comienzo de la existencia de la persona humana”, donde se presentaron cuarenta y nueve trabajos, obviamente cada uno de ellos adoptando alguna de las opciones a las que hacemos mención referidas a este difícil problema que divide a los juristas de nuestro país. I) **A favor** de la tesis de entender el término concepción, como sinónimo de fecundación, se enrolaron en estas Jornadas Nacionales los siguientes juristas: Roberto ANDORNO, en “Status jurídico del *conceptus* en el derecho europeo y en el derecho argentino. Una visión comparativa”, ob. cit., t. 1, pág. 30; Mónica ASSANDRI, Alicia Dolores BASANTA y María Rosa MOLINA DE CAMINAL, “El comienzo de la existencia de la persona humana y las técnicas de procreación asistida”, ob. cit., t. 1, pág. 54; Javier BARBIERI, “Fecundación *in vitro*. Transferencia embrionaria”, ob. cit., t. 1, pág. 60; Amara BITTAR DE DURALDE, Mariana Beatriz CROCE y Soledad MARCONI, “El hombre ¿desde cuándo es sujeto de derecho?”, ob. cit., t. 1, pág. 71; Delfina BORDA, “Situación de los embriones crioconservados en caso de divorcio de los padres”, ob. cit., t. 1, pág. 82. La autora no se expresa directamente sobre la cuestión, aunque resulta fácil advertir su alineamiento con esta postura; María José CASAS e Ileana VITALI, “La reproducción artificial en nuestro derecho: necesidad de una legislación. Status jurídico del embrión extracorpóreo. Derechos en pugna y sus limitaciones”, ob. cit., t. 1, pág. 84; Silvana María CHIAPERIO DE BAS y Silvia Verónica SOLER, “El embrión y su derecho a la tutela jurídica efectiva”, ob. cit., t. 1, pág. 107; Nelson G. A. COSSARI y Luis María VIVES, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 121; Juana VIGAY DE FERNÁNDEZ, María Susana SURT, Osvaldo OVIEDO y Norma Natividad SOSA, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 124. Parecen ubicarse en esta postura, aunque no de manera explícita; José María GASTALDI, Esteban CENTENARIO, Guillermo A. M. COLLA y José Mariano GASTALDI, “El feto anencefálico es persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 139; Roberto Eduardo GIANFELICI y Mario César GIANFELICI, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 142; Graciela N. GONEN MACHELLO DE GANDOLFO, “Algunas consideraciones sobre el embrión humano, la

---

fertilización *in vitro* y la clonación”, ob. cit., t. 1, pág. 143; Gabriel Nicolás Eustaquio GUSTAVINO, “Entre la vida y la muerte no hay elección válida posible”, ob. cit., t. 1, pág. 152; María Romina KILGELMANN y Sabrina SÁNCHEZ, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 178; Adriana Noemí KRASNOW y Lorena Soledad CAPELLA, “Comienzo de la existencia de la persona humana en la procreación humana artificial”, ob. cit., t. 1, pág. 183; Jorge Nicolás LAFERRIERE y Guillermo Ramón CARTASSO, “Cuestiones actuales de bioética y derecho en relación al tema del comienzo de la existencia de la persona”, ob. cit., t. 1, pág. 192; Juan Carlos LAPALMA, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 202; César Alfredo LOMBARDI, “Aspectos humanos de la integración. La tutela de la vida”, ob. cit., t. 1, pág. 205 e igualmente en: “Comienzo de la existencia de la persona humana”, pág. 208; Federico Alejandro OSSOLA, “El comienzo de la existencia de la persona humana en el ordenamiento jurídico argentino”, ob. cit., t. 1, pág. 230; María Elisa PETRELLI DE ALIANO, “Adopción prenatal de embriones crioconservados”, ob. cit., t. 1, pág. 243; Guillermo Federico PEYRANO, “Vida, vida humana y persona humana. Determinación del comienzo de su existencia ante los desafíos generados por la clonación reproductiva”, ob. cit., t. 1, pág. 250; Benjamín Pablo PINÓN y Luis Ángel MOLA, “Inicio de la persona física”, ob. cit., t. 1, pág. 266; Eduardo Antonio SAMBRIZZI y Ángel GONZALEZ DEL CERRO, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 284; Esteban SANDOVAL LUQUE y Beatriz María JUNYENT BAS, “Comienzo de la vida de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 293; Mariana SANTI y Paula A. FELDMAN, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 299; Eduardo Ignacio SAUX, “Comienzo de la existencia de las personas naturales”, ob. cit., t. 1, pág. 302; María D. SCIAMMARO, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 309; Pedro F. SILVA RUIZ “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 321; Ernesto VIDELA y César Omar GONZÁLEZ, “Comienzo de la existencia de las personas físicas concepción *in vitro*”, ob. cit., t. 1, pág. 338. II) *En contra* de reconocerlos como sujeto de derecho: Roberto ARRIBERE, “El comienzo de la existencia de la persona humana: ¿un tema sin solución en la República Argentina?”, ob. cit., t. 1, pág. 44; María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, María del Carmen CERUTTI y María Cristina PLOVANICH, “Comienzo de la existencia de las personas físicas”, ob. cit., t. 1, pág. 65; María del Carmen CERUTTI, María Cristina PLOVANICH, María Victoria MANFRONI JALIL y Gabriel TAVIB, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 93 y de los mismos autores, excluida sólo María Cristina PLOVANICH, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, pág. 169; María del Carmen CERUTTI, María Cristina PLOVANICH, María Eugenia PERALTA y Ofelia FIGUEROA OVIEDO, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 101; Miguel ANDIAS GONZÁLES, “Comienzo de la existencia de la persona humana. Una perspectiva bioética”, ob. cit., t. 1, pág. 148, aunque en forma dubitativa; Carlos Fernando SALMASO, “Comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 273; Enrique STEIN, “El comienzo de la existencia de la persona humana”, ob. cit., t. 1, pág. 335; Ana Marcela WOLKOWICZ, “Comienzo de la existencia humana. Técnicas de reproducción asistida. Fecundación *in vitro*. Status Jurídico del embrión extracorpóreo. Algunas pautas para su regulación”, ob. cit., t. 1, pág. 339. En realidad, la autora no les reconoce el carácter de

Los que pensamos diferente de esta posición <sup>43</sup>, entendemos que el proceso gestatorio es único e indivisible, que comienza en el momento de la fecundación -como consecuencia del intercambio de los gametos- y concluye con la muerte, por lo que no resulta acertado ni posible que el derecho distinga donde no lo hace la naturaleza. Por lo demás, es bueno destacar que en el campo de las ciencias biológicas o naturales no existe discusión alguna; es decir, se trata de una evidencia o verdad universal en el sentido de que estamos ante “*un mismo y único estadio o proceso biológico de desarrollo sico-físico de la persona humana*”.

Si se parte de esta premisa -que como decimos, no resulta cuestionada por nadie en el campo estricto de las ciencias naturales-, entendemos incorrecto conferir “*cualidades o categorías ontológicas diferentes*”, a lo que constituye fenomenológicamente una unidad esencial, sobre todo cuando estamos en presencia del género humano y la necesidad del reconocimiento jurídico al libre desarrollo de esta evolución conforme al orden señalado por la naturaleza según su propio “*libro de la vida*” o genética.

---

persona en sentido técnico, aunque demanda un trato diferenciado por su naturaleza ontológica y dignidad humana.

<sup>43</sup> José W. TOBIÁS, *Derecho de las personas, Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2009, punto N° 7, pág. 33; Eduardo A. ZANNONI, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas*, Buenos Aires, Astrea, 1978, punto 14, pág. 88; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1967, t. I, N° 326, pág. 345; Guillermo BORDA, “Principio de la existencia de la persona humana”, publicado en *La persona humana*, Buenos Aires, La Ley, marzo del 2001, pág. 3; en igual sentido y en esta misma publicación: “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial. Horizontes, atajos, precipicios, y trincheras de nuestro tiempo” por Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, pág. 15; José Antonio BUTELER CÁCERES, “La persona por nacer”, publicado en Boletín del Instituto de Derecho Civil, Imprenta de la Universidad Nacional de de Córdoba, julio-diciembre de 1952, pág. 109, y en *Manual de derecho civil. Parte general*, Capítulo III, pág. 71; Augusto BELLUSCIO (director), Eduardo ZANNONI (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 1, parágrafo 1, pág. 316; Eduardo BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. 1, N<sup>ros</sup>. 11 y 12, pág. 405; Santos CIFUENTES, “Personas existencia visible”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Omeba, t. XXII, punto 5, pág. 213; Enrique Carlos BANCHIO, “La dignidad de la persona humana en el derecho civil”, en *Homenaje al Bicentenario 1791-1991*, Córdoba, Advocatus, t. 2, pág. 10 y en: “El derecho civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona humana”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Separata de Anales, t. XXX, vol. 2, año académico 1991.

No resulta adecuado tratar como distinto, en el otorgamiento nada menos que de la *cualidad de persona*, lo que es igual, porque de lo contrario -de aceptar esta premisa-, terminaríamos asignando capacidades o aptitudes diferentes, según la edad o el estado evolutivo de éstas, lo que constituye una falla conceptual notoria en cualquier tipo de razonamiento lógico. Sería algo así como decir que cuando se tiene un mes o seis meses de vida, o cuando se alcanzan los ochenta años de edad o cualquier otra pauta a criterio del intérprete, no se alcanza este emplazamiento jurídico de persona, lo que a todas luces resulta un razonamiento carente de una lógica sustancial o formal.

Por otra parte, al momento de la *fecundación*, se produce el intercambio de los veintitrés cromosomas aportados por la madre, con los otros veintitrés aportados por el padre y de esta manera el huevo o cigoto fecundado, tendrá todas las características propias de un ser humano, además de la individualización de su sexo a través del cromosoma XY o XX que disponga, circunstancias que -como se ha dicho- le acuerdan la individualidad necesaria como para lograr la consideración y protección del derecho con la cualidad de "*persona por nacer*" y ahora, ante esta novel perspectiva de la protección de la dignidad humana, surge el "*derecho a nacer*", que defiende y da cobertura legal a los más desvalidos de los seres humanos.

**2.** Como se advertirá, es poco lo que se pueda agregar de nuevo a una discusión que divide a los juristas sobre cuestiones de mucha entidad y significación desde todas las perspectivas en que se las analice y no es tampoco nuestro propósito hacer un desarrollo completo de este importante y extenso debate que -como se ha visto en el punto precedente- ha sido abordado por el derecho nacional con sobrada solvencia y rigor técnico.

El meollo central de la cuestión por el contrario, consiste en indagarnos acerca del siguiente interrogante: ¿qué aporta el art. 51 C.C. a esta controversia fundamental?

**2.1.** Supongamos como hipótesis que un magistrado deba dirimir un conflicto en torno de la interpretación del comienzo de la existencia de una persona física, situación que se dará seguramente en el caso de tratarse de embriones congelados, lo que podría generar una divergencia entre ambos progenitores respecto de su destino o conservación.

Se trata sólo de un supuesto hipotético -aunque ha ocurrido en la realidad-, en orden a colocarlo al juez frente al dilema o conflicto respecto de la decisión a tomar frente a lo contradictorio de las posturas que a la postre, revelan dos interpretaciones diferentes respecto al significado que debe atribuirse a la “*persona concebida o por nacer*”.

La parte que peticiona la destrucción del embrión, o su entrega para fines de investigación científica, esgrime todos los argumentos propios de esta posición, la que por razones de brevedad evitamos repetir. La parte contraria aduce exactamente la tesis opuesta, peticionando al magistrado que se los conserve o se los entregue en adopción a alguna pareja estéril, por tratarse de una “*persona*” que debe ser protegida por la ley como así su “*derecho a nacer*”; es decir, que le permitan continuar el proceso de gestación conforme el orden natural de la vida humana.

El juez entonces se verá obligado necesariamente a resolver obligatoriamente esta cuestión, indagando si ese *pre embrión* (tesis negatoria) o *embrión* (tesis positiva) según la actitud que asuma, reviste la *condición de humanidad* a la luz de la significación que le asigna el art. 51 C.C.

La respuesta resulta por demás evidente: si la *condición de humanidad* significa o equivale a “*persona física o de existencia visible*”, y el resultado del mapa que surge de la indagación genética arroja la existencia de los 26.588 genes que lo identifican como persona y además, esa combinación lo tornó un ser individual y sexuado, obviamente que tiene resuelto el conflicto o dilema sometido a su consideración, sin ulteriores indagaciones y con sólo peticionar la prueba biológica del ADN, de la misma manera y en iguales circunstancias que sirve para determinar la filiación o un vínculo parental.

Dicho de otra manera, los exámenes biológicos modernos le darán al juez la certeza (tanto desde las ciencias naturales como jurídicas) de encontrarse frente a una “*persona física*”, cualquiera sea el estado de desarrollo de la gestación, porque el precepto señala como única exigencia la *condición de humanidad* y aclara que lo es “*sin condiciones o accidentales*”; es decir, sin que importe el grado de evolución o desarrollo en el que se encuentra la gestación a ese momento.

**2.2.** Otro ejemplo posible. Un ginecólogo mantiene bajo su custodia y cuidado los embriones fecundados supra numerarios de una determinada pareja que hubo de implantarse con anterioridad. Pasa el tiempo y se le requiere por ambos cónyuges que mediante la técnica de fertilización

asistida se implante a la mujer otro de estos embriones crioconservados bajo la custodia del profesional aludido.

Cuando el médico busca en el termo el embrión perteneciente a esa pareja, resulta que se le ha producido una confusión con otros y por este accidente no tiene la certeza de cuál era el que le pertenecía a ellos. ¿Cómo resuelve el problema el ginecólogo? Muy sencillo, efectúa el ADN del embrión y corrobora de esta manera su identidad; es decir, puede realizar, pese a la condición de *embrión* casi diploide -esto es, sin que se haya producido en forma completa el proceso de división celular- su identificación completa, además de saber exactamente su sexo, todo lo que pocos años antes de estos avances habría sido prácticamente un irrealidad.

Los casos relatados, aunque hipotéticos, pueden ser perfectamente reales, lo que demuestra que a partir de la *fecundación* existe material genético suficiente como para precisar quiénes fueron sus progenitores, su sexo, como así las características propias de ese ser *único e irreplicable* que lo distinguirán durante toda su vida.

**3.** Otra aplicación importante que puede asignársele al art. 51 C.C. no está referida concretamente a situaciones presentes, aunque no sería posible afirmar que nunca van a ocurrir, ni que el derecho pueda llegar a enfrentarse en el futuro con cuestiones de esta complejidad.

Nos referimos obviamente, a aquellas situaciones donde se producen injertos o transferencias de animales a personas humanas, que mientras se realicen en el campo de órganos puramente funcionales (válvulas del corazón) o algo semejante, no revisten mayor importancia, debido a su intrascendencia cualitativa

No obstante ello -según referencias o comentarios formuladas por algunos especialistas en el tema, aunque obviamente, aún no comprobadas de manera fehaciente-, en algún lugar del mundo y bajo el amparo de legislaciones mucho más benignas o liberales que la que rigen para la investigación científica en Europa, Estados Unidos u Occidente, se han efectuados ensayos muchos más atrevidos cuyos resultados no es posible augurar, aunque cabe reconocerlos como una posibilidad más.

Nos referimos al supuesto de que, aprovechando la escasa diferencia entre el genoma del chimpancé respecto del hombre, se habría fecundado *in vitro* y con éxito, un óvulo de este animal, con un espermatozoide humano, embrión híbrido entre dos especies absolutamente diferentes hasta el presente.

Sin que podamos constatar la veracidad de estas versiones, aunque a cualquier persona que disponga una información actualizada de estos problemas, le resultará factible reconocer que cabe al menos la posibilidad de que ocurra -probabilidad mucho más cercana que la del hijo de un toro, o un caballo con una mujer-, circunstancias que una vez más -ya no con los personajes mitológicos de la antigüedad-, aunque ahora con cuestiones más específicas, quizás el viejo art. 51 de Vélez tenga que utilizarse para diferenciar precisamente, un “*humanoide*”, respecto de una “*persona física*” o de injertos animales que por su trascendencia e implicancias cualitativas puedan llegar a modificar de alguna manera la “*humanidad*” propia del receptor.

## VII. Conclusiones

En definitiva, el haber introducido una norma capaz de marcar la individualización de la especie o género humana, termina al mismo tiempo resolviendo el grave problema de la precisión del comienzo de la vida, porque de estas muestras biológicas surgirá la respuesta necesaria para la solución del conflicto.

A nuestra manera de ver, este precepto -que tanto diera que hablar con relación a su utilidad o conveniencia dentro de la legislación civil-, a la luz de los avances de las ciencias naturales y del método de la interpretación histórica, ha venido a conformar una herramienta idónea en manos de la magistratura, capaz de dilucidar -con la objetividad que se infiere de las verdades objetivas- estas dubitaciones en torno del inicio de la existencia de la persona humana.

En la República Argentina y en razón de la disponibilidad de una verdadera “*Teoría general de la persona*”, tal como se infiere del Libro I, Sección I del Código Civil, nuestros jueces no van a tener que lamentarse como lo hiciere el ministro Blakmoon <sup>44</sup> de la Corte Suprema de los

---

<sup>44</sup>Diego Martín FARREL, *La ética del aborto y la eutanasia*, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 83. La cita la tomamos del autor, que transcribe muchos aspectos de los fundamentos dados por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el célebre fallo de “Roe vs. Wade” (410 U.S.

Estados Unidos de Norteamérica, -al fundamentar su voto en la causa “Roe vs. Wade”, que terminara legitimando el aborto-, cuando expresaba que “*había pasado revista a todas las cláusulas constitucionales incluida la Enmienda 14 donde aparece mencionada la palabra ‘persona’ y que en ningún caso se refiere a una situación anterior al nacimiento*”, circunstancia que lo habilitaba para hacerlo libremente según sus convicciones a partir de la *viabilidad*, es decir, una vez transcurrido seis meses del embarazo y, en consecuencia, el feto podía vivir autónomamente a través de incubadoras u otros medios mecánicos.

Con el tratamiento integral y sistematizado de las “*personas de existencia visible*”, tal como lo hizo el Código Civil y los progresos experimentados anteriormente señalados, entendemos que este dilema encuentra solución a la luz de las grandes definiciones que el mundo occidental reserva para la protección del derecho humano fundamental como es el “*derecho a nacer*”, en defensa no sólo de ese ser sino también y lo que resulta más importante aún, del propio *género humano* en toda su significación axiológica o jurídica.

---

113, 93 S. ct. 705, 35 L. Ed. 2d. 147 (1973), donde por primera vez se legaliza la posibilidad de que una mujer, a su solo arbitrio y dentro de los tres primeros meses de gestación, o con la conformidad de un médico hasta los seis, pueda disponer libremente de la interrupción del embarazo de un ser humano. Esto presupone, obviamente, admitir el comienzo de la vida de la persona física a partir de los 180 días posteriores a la fecundación, cuando resulta *viable*; es decir, con la posibilidad de mantener una vida autónoma respecto de la de su madre aunque sea a través de la asistencia de la aparatología médica.



# EL “REGRESO” AL DERECHO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE DÉBILES Y VULNERABLES <sup>1</sup>

por RAMÓN DANIEL PIZARRO<sup>2</sup>

**SUMARIO:** § 1. La sociedad argentina en los comienzos del tercer milenio en un mundo globalizado. § 2. El supuesto fracaso de la juridicidad. § 3. Débiles y vulnerables frente al derecho y al Estado. § 4. El derecho civil patrimonial y la protección de los débiles y vulnerables. § 5. El regreso al derecho civil y a los principios que rigen en materia obligacional y contractual para la protección de los derechos de débiles y vulnerables.

## § 1. La sociedad argentina en los comienzos del tercer milenio en un mundo globalizado

La sociedad argentina, entrada ya en la segunda década del tercer milenio, muestra fuertes contrastes entre lo que se declama y lo que se hace.

Se ha potenciado la brecha entre fuertes y poderosos, por un lado y débiles y pequeños, por otro, a la que Ripert hacía referencia hace casi cien años<sup>3</sup>. Las feroces asimetrías ya no pasan sólo por lo económico y lo social. Se proyectan también a lo cultural, que era el gran bastión -junto con el trabajo- sobre el cual se asentaba orgullosamente la clase media argentina, mayoritariamente hija de inmigrantes.

---

<sup>1</sup> Exposición en sesión ordinaria del 20 de septiembre de 2011.

<sup>2</sup> Académico de número.

<sup>3</sup> RIPERT, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, Puebla, México, ed. José M. Cajica Jr., 1951.

Cada día son más los marginados, o sea los no integrados a la sociedad, que por distintos motivos están condenados a una vida miserable, propia del más profundo subdesarrollo en el que campean la miseria, la falta de educación, de servicios de salud y, peor aún, la droga, convertida en un flagelo que avanza día a día. Sumidos en una desesperanza cruel, que se potencia frente a la indiferencia de buena parte de la dirigencia política, que parece hoy más interesada en usufructuar esa situación de penuria y vulnerabilidad para obtener clientelismo político, que por dar soluciones. La combinación es ideal para ese fin: gente pobre, que depende de las limosnas que da el poder de turno y no de la dignidad que brinda el trabajo, con escasa o nula educación (para que no comprenda cómo funciona el sistema que se quiere implementar, ni se percate de su impacto subliminal) y si es posible, mejor aún, sin justicia (porque ésta es el último y hoy único bastión que tiene el ciudadano frente a tales atropellos), es la puerta abierta para esa finalidad.

El Estado o, mejor dicho, los funcionarios públicos que lo integran, particularmente los más encumbrados, tienen mucho que ver en esto. La responsabilidad de la administración pública y de dichos funcionarios no puede soslayar esta realidad. De allí la necesidad de desterrar construcciones laxas, que conducen a dañadores privilegiados y a damnificados de segunda clase, o sea aquellos que han tenido el infortunio de ser víctimas del obrar estatal y de sus funcionarios públicos.

## **§ 2. El supuesto fracaso de la juridicidad**

En este contexto, no faltan quienes proclaman resignadamente el fracaso de la juridicidad, de la mano de varios factores:

1. El dominio y la preponderancia de lo económico y lo político sobre lo jurídico.
2. La exaltación de la fuerza y la inclinación de los métodos de violencia.
3. La corrupción endémica y estructural que hoy afecta no sólo al Estado sino también a buena parte de la sociedad argentina,

comprobada y comprobable día a día con la sola lectura de los diarios <sup>4</sup>.

4. La feroz inseguridad jurídica que emana de la falta de predictibilidad del sistema, que en temas como el que nos ocupa se potencia aún más, de la mano de construcciones laxas, basadas en pretendidos principios de derecho público que suelen ser modelados en base al parecer personal del intérprete.
5. La indulgencia con la cual algunos jueces mediáticos, que acumulan las grandes causas judiciales por corrupción, valoran y resuelven estas cuestiones, con mucho cinismo y escaso pudor. Es, sin duda alguna, el mejor termómetro para comprobar el nivel de degradación del sistema y los altos cotos de impunidad que campean hoy en la sociedad argentina.

Las consecuencias son pobreza, marginalidad, desinversión, desempleo, falta de educación. Hay, sin embargo, algo peor aún en la hora actual: *la pérdida del espíritu republicano*, estrechamente ligada a la formidable crisis que experimentan los partidos políticos en nuestro país, que en los hechos ha conducido al retorno de los caudillos, o lo que es igual, de personajes mesiánicos que se sienten por encima del propio Estado, de la Constitución y de todos nosotros. Que no respetan las reglas de juego y que las cambian a su antojo, presentándonos dicho fenómeno como algo natural. Una sociedad dominada por el poder de las encuestas y por el poder de una “caja”. Sobre todo por esta última.

Las consecuencias son graves y muestran no sólo un eclipse de los valores republicanos y de los niveles de vida de la población, sino también un profundo retroceso económico y social. Y una sensación penosa de abatimiento moral en todos los niveles sociales.

Se advierte una fuerte desinversión comparada con la que se advierte en otros países de la región, consecuente inflación ante la creciente emisión monetaria para cubrir gasto público, ausencia de crédito y peligroso incremento del nivel de desempleo.

---

<sup>4</sup> Para peor, sus frutos son cínicamente exhibidos y en algunos casos “justificados” por investigaciones judiciales complacientes, superficiales, que concluyen con llamativa celeridad.

En esta realidad, en la cual el Estado y sus funcionarios públicos más encumbrados tienen mucho que ver, desde hace varias décadas, proliferan cada vez más los débiles y vulnerables. Frente al Estado y a la prepotencia de sus funcionarios, frente a las corporaciones, frente a los amigos del poder que lucran a expensa de todos nosotros.

### § 3. Débiles y vulnerables frente al derecho y al Estado

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *débil* es aquél de poco vigor, o de poca fuerza o resistencia, o quien está escaso o deficiente en lo físico o en lo moral. Es *vulnerable* quien puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.

El derecho, en general, y el derecho civil, como derecho común del ciudadano, en particular, no puede cerrar los ojos ante la existencia de débiles y de vulnerables. Su tarea no apunta tanto a que dejen de serlo, pues esto debería ser resorte de otras disciplinas como la política, la economía, la educación, la medicina, etcétera, *sino a protegerlos frente a los abusos que a raíz de tal condición puedan llegar a padecer*. Por eso, desde la perspectiva jurídica, parece relevante ponderar como siempre ocurre, los dos extremos de la relación: por un lado, aquél en la que se encuentra quien está en situación de debilidad y vulnerabilidad, y por otro la de quien explota favorablemente esa situación. La búsqueda por el derecho de puntos de equilibrio sensato que permitan paliar esas desigualdades.

Generalmente se liga la debilidad o la vulnerabilidad a grupos o sectores de la población que por su condición física, de madurez, de salud, económica, cultural o social están menos favorecidos que el resto. Los paradigmas que a primera vista vienen a la cabeza son las personas que viven en la pobreza extrema o indigencia, enfermos, lo cual incluye a drogadictos, débiles mentales, niños, ancianos, personas con capacidades especiales, inmigrantes de ciertos sectores. En otras sociedades, la mujer y ciertas minorías étnicas o políticas.

Sin embargo, la debilidad y la vulnerabilidad no son predicables solamente de esos grupos sociales desfavorecidos. También personas más afortunadas, plenas, integradas al sistema, sanas, con trabajo y educación, sin penurias económicas, pueden ser débiles y desprotegidas frente

a la acción u omisión de sectores más poderosos que se valen de ese poder para obtener del sistema fortalezas y privilegios que en un Estado de derecho no deberían tener.

Lo llamativo es que para justificar estas situaciones de privilegio, se recurre muchas veces a la Constitución Nacional, invocando, en lo que a nosotros nos interesa, pretendidos emplazamientos preferentes que justificarían el apartamiento de los parámetros ordinarios que rigen la reparación del daño. He aquí otra manera, mucho más sutil y perversa de quebrar la garantía de igualdad.

En tales supuestos, la situación de debilidad o de vulnerabilidad no se configura en *in re ipsa*, sino que se desprende por vía de consecuencia, al otorgarse al dañador un plano de injustificado privilegio constitucional a la hora de dañar. Muchas de estas construcciones han sido cálidamente acunadas por prestigiosos operadores que tienen intereses de distinta índole ligados a esos grupos que procuran privilegios.

La doctrina de la real malicia, por ejemplo, importada de manera fragmentada y sin basamento normativo suficiente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación del derecho estadounidense es una buena prueba de ello. Ha tenido mucho que ver en esto, la enorme presión de los propietarios de los grandes medios de comunicación social, que encuentran en ella un verdadero bill de indemnidad para la mayoría de los casos de responsabilidad que puedan plantearse, conclusión que se potencia frente a la laxitud que tiene la recepción de esa teoría en la jurisprudencia del alto tribunal <sup>5</sup>.

En materia de responsabilidad del Estado ha ocurrido algo parecido, esta vez de la mano de algunas construcciones provenientes del derecho público, que cuestionan la unicidad del fenómeno resarcitorio, para terminar generando de manera voluntarista un esquema resarcitorio sobreprotector de la administración pública, que analizamos y criticamos en otra obra <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Nos ocupamos del tema en Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

<sup>6</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 2012 (en prensa).

#### § 4. El derecho civil patrimonial y la protección de los débiles y vulnerables

El derecho civil ha roto definitivamente sus moldes individualistas, que llevaron a anclarlo en torno de la libertad de propiedad, a la libertad contractual y a la libertad de testar. Y, por qué no, hay que reconocerlo, a desacreditarlo. Se ha “humanizado” y “socializado” durante el transcurso del siglo XX, a punto que algunas ramas que se desprendieron de él, como el derecho del trabajo, por ejemplo, hoy tienen que volver sus ojos en muchos temas al derecho común para la búsqueda de soluciones justas, que no se encuentran en las disciplinas especiales <sup>7</sup>.

Lo sucedido en materia de solidaridad laboral (art. 130 L.C.T.) y con declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.522 de riesgos del trabajo son buena prueba de ello.

El derecho civil tradicional, hecho para los ricos, para los económicamente fuertes, al decir de Castán Tobeñas <sup>8</sup>, con sus graves secuelas de privilegios, hoy enarbola con más firmeza que nunca la bandera de la protección de los débiles, de los indefensos. Esta es una de las notas más características de su evolución.

Esta orientación, que hunde sus raíces en los principios de democracia e igualdad política, se hace eco de que la única igualdad que realmente trasciende es la real y no la puramente formal. La igualdad real será imposible mientras haya desproporciones y desigualdades de hecho intolerables.

Hemos dejado atrás un derecho patrimonial individualista, propio de los códigos del siglo XIX y entrado en una era transindividualista o social, en el que se vinculan los derechos de todos en el grupo social, conciliando los de carácter individual, armonizándolo con las exigencias sociales, de suerte de que unos no anulen a los otros.

---

<sup>7</sup> El cambio vino, en Argentina, de la mano de la ley 17.711 y de importantes reformas legislativas que la siguieron, que insuflaron al derecho común un nuevo espíritu, más solidarista. Mucho ha tenido que ver en este proceso, la labor de los jueces, que en forma tesonera, sin estridencias, contribuyeron a “reescribir” sutilmente muchos textos legales, en aras de alcanzar soluciones justas.

<sup>8</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo derecho civil*, 1ª ed., Madrid, Reus, 1933.

## **§ 5. El regreso al derecho civil y a los principios que rigen en materia obligacional y contractual para la protección de los derechos de débiles y vulnerables**

En muchos casos, se ha debido regresar al derecho civil para lograr la protección de los derechos de los débiles y vulnerables que no se obtiene en disciplinas especiales.

Si se propicia un regreso es porque existió antes una salida, o sea razones para un camino de ida, que debe desandarse o reformularse.

El derecho del trabajo, por ejemplo, se escindió del derecho civil a fines del siglo XIX procurando mejor protección al trabajador que no se alcanzaba adecuadamente en un código individualista como el de Vélez<sup>9</sup>. Los tiempos cambiaron, mutó el Código Civil, se lo insufló de un nuevo espíritu y sus soluciones, en muchos casos, devienen hoy muchas veces más adecuadas para proteger al trabajador que las que se han desarrollado en esta rama específica.

Sin embargo, cambió también el derecho del trabajo, sobre todo en los años noventa. La realidad laboral se tornó muy compleja, muchas veces distante de los parámetros de justicia social o distributiva que debieran imperar. En nombre del mercado y sus leyes de eficiencia, de competitividad, han sido puestas en crisis muchas instituciones del derecho del trabajo. Los resultados están a la vista: graves secuelas de exclusión social, inequitativa distribución de riqueza, desempleo, subempleo, etcétera.

El derecho del trabajo se apartó en el siglo XIX de su derecho madre, en decidida búsqueda de una protección más adecuada y eficaz para el trabajador que aquél era incapaz de expresar.

Los años noventa, sin embargo, dejaron al desnudo un derecho del trabajo que en muchos aspectos -ley de riesgos del trabajo, reparación del daño moral en el derecho laboral, solidaridad laboral, art. 30 L.C.T., por ejemplo- exponía al trabajador de un modo tan negativo como lo hacía el

---

<sup>9</sup> Sobre el tema, es indispensable la lectura de la excelente obra de Gabriela VÁZQUEZ, *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*, Educa.

Código Civil en el siglo XIX. La paradoja de un derecho tuitivo cuyas instituciones terminan, a la postre, tratando más desfavorablemente al trabajador damnificado que a cualquier otro ciudadano que sufra un daño en idénticas circunstancias. O lo que es igual, de un derecho civil, común, de todos los ciudadanos, que termina brindando una mejor protección al trabajador que propio el derecho del trabajo. El derecho civil como normativa más protectoria para el trabajador.

Esto significa: o que el derecho civil evolucionó; o que el derecho del trabajo involucionó en algunos aspectos puntuales; o las dos cosas.

Nos parece que algo similar ha sucedido con el derecho administrativo. El “regreso” al derecho civil en materia de responsabilidad del Estado, o a las normas contenidas en el Código Civil que son, como hemos dicho en otra parte, integrantes de la teoría general del derecho y no de una sola rama, es invocada para poner coto a ciertas construcciones provenientes del derecho público que lucen orientadas a generar esquemas resarcitorios privilegiados para el Estado dañador.

La doctrina de la falta de servicio como pretendido único factor de atribución de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, el rechazo de la aplicación del art. 1113 C.C. a la administración pública, la prescindencia de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, o su aplicación selectiva, modelada a la luz de unos muy laxos y discutibles principios de derecho público, con basamento en la justicia distributiva, la reparación no plena o integral del daño proveniente de la llamada actividad legítima del Estado, son buena prueba de lo que decimos.

El ciudadano, el hombre común, afectado, jaqueado y dañado por el Estado y sus funcionarios hoy no encuentra protección adecuada de su derecho a la reparación en tales construcciones. El derecho administrativo, que enarboló banderas de avanzada en tiempos en los cuales las normas del Código Civil vedaban conservadoramente la reparación del daño causado por el Estado, hoy parece haber arriado buena parte de sus banderas, erigiéndose en un bastión orientado a proteger, o peor aún, a sobreproteger a la administración pública, generándole un régimen privilegiado de responsabilidad. Esa y no otra es la consecuencia que arroja la atomización del sistema y su modulación en base a unos laxos y discuti-

bles principios de derecho público provincial <sup>10</sup>. El derecho común de la administración pública contrapuesto al derecho común del ciudadano.

Frente a esta regresión, se impone, otra vez, mirar al derecho civil -buena parte de cuyas normas forman parte de la teoría general del derecho- para alcanzar adecuados estándares de protección de los ciudadanos damnificados por el obrar del Estado y de sus funcionarios públicos. Sin pretensiones de exclusividad, buscando coincidencias y puntos de contacto con el derecho administrativo.

Algunos autores consideran que este proceso es ilusorio, que no existe tal unidad del fenómeno resarcitorio y que lo único que cabe hacer es regular el tema por normas de derecho público y encerrar al Código Civil dentro de sus límites. Nosotros creemos, en cambio, que hay que hacer todo lo contrario: primero entenderlo en toda su dimensión, dejando de lado prejuicios y preconceptos; y luego permitir que sus instituciones, ricas, humanistas, pensadas en derredor del hombre común, sin privilegios de ninguna índole, fluyan hacia el derecho público y reciban en ese seno las modulaciones propias que tan delicada materia requiere.

---

<sup>10</sup>Nos ocupamos del tema en nuestro trabajo “La responsabilidad del Estado y las normas de derecho público provincial”, L.L. Córdoba, diciembre 2011.



## EL PENSAMIENTO JURÍDICO CORDOBÉS <sup>1</sup>

por JUAN CARLOS PALMERO <sup>2</sup>

El señor ministro de Justicia nos ha dispensado el alto honor de convocarnos a pronunciar estas palabras en esta importante y augusta ceremonia en la cual se hace entrega de los premios y distinciones que corresponden a los diversos participantes del certamen de monografías convocado por esta repartición oficial precisamente, para estimular la propensión de los jóvenes al estudio e investigación científica y al mismo tiempo, mantener viva y constante la memoria de dos distinguidos juristas locales, Dres. Alfredo Fragueiro y Deodoro Roca, que por sus méritos relevantes e ilustres trayectorias, han pasado a formar parte de las diversas celebridades que ofrece el Parnaso de la conocida “*Escuela Jurídica de Córdoba*”.

Hace bien el Superior Gobierno de la Provincia y constituye una decisión digna del mayor encomio, el organizar este tipo de competencias que promueven el trabajo y la dedicación de los jóvenes, para ahondar el conocimiento y mensaje que nos legaron hombres que pueden ser considerados -sin incurrir en hesitación alguna-, como verdaderos arquetipos de conductas y comportamientos de la sociedad, porque de sus vidas y obras, resulta factible extraer conocimientos útiles y valederos para enfrentar los problemas cotidianos y, al mismo tiempo, profundizar los mensajes de la historia, que como ya señalaran con tanta sapiencia los romanos, cumple siempre las funciones de *magister vitae*.

---

<sup>1</sup> Exposición en el marco de la Jornada “La influencia del pensamiento jurídico cordobés en la ciencia del derecho y la legislación nacional”, efectuada el 16 de noviembre de 2011 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.

<sup>2</sup> Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

La experiencia demuestra con la mayor claridad, que resulta imposible prescindir del conocimiento de esta disciplina, porque los pueblos que han incurrido en estas actitudes de apartamiento, abandono o prescindencia de su pasado, han quedado al garete de los acontecimientos, a semejanza de lo que sucede con los barcos que perdieron su quilla o timonel, o de las personas, donde pasado, presente y futuro, conforman una misma entidad a través del proceso unitario de la vida que se muestra como una secuencia sin solución de continuidad y donde cada una de estas perspectivas ofrecen un lugar de prevalencia y singularidad en la consideración del todo o de la identidad del individuo.

Ahondar en las enseñanzas y antecedentes de los hombres que entregaron sus talentos y capacidades para el bien del país y de nuestra provincia, constituye una de las más grandes obras de gobierno, quizás para muchos imperceptible, por su carencia de materialidad, pero de consecuencias más que valederas para que el país se encamine en la senda de la concordia y respeto de quienes a partir de sus propias convicciones o puntos de vista, fueron conformando los perfiles y virtudes de la sociedad contemporánea.

La sola circunstancia de pensar diferente, o provenir de culturas o formaciones propias, e incluso de orientaciones políticas en su momento contrapuestas, de ninguna manera puede llevarnos a un juicio de demérito o disvalor respecto de los aportes que cada uno de ellos efectuara con generosidad a la construcción cultural integral del país, la que obviamente, se va elaborando a partir incluso de las contradicciones, de los puntos de vista divergentes, pero siempre armonizados a través de la sincera pasión que emana del patriotismos y de la fuerte creencia de estar aportando lo mejor de sí mismos en miras a la consecución del bien común.

En definitiva, el acto que hoy nos congrega, significa un considerable aporte en miras a la preservación de estos significativos valores y, por lo tanto, merece todo nuestro reconocimiento y determinación para avanzar en esta dirección institucional, que tantos buenos resultados acarreará a la convivencia y a una mayor toma de conciencia acerca de los fundamentos mismos de nuestra personalidad provincial y nacional.

Los trabajos que produjeron estos dos juristas, demostraron con palmaria evidencia que más allá de las capacidades y condiciones sobresalientes de cada uno de ellos -lo que indudablemente está fuera de toda discusión-, ambos fueron fieles y genuinos egresados de una idéntica

institución de enseñanza universitaria y al mismo tiempo, claros exponentes de una circunstancia cultural definida y perfectamente identificable con rasgos de identidad propia a través del transcurso de varios siglos de historia.

De esta manera, entonces, no es posible analizarlos en forma aislada, segregados de su emplazamiento vital dentro del establecimiento educativo que les aportaron sus conocimientos -como ocurriera con la casi cuatro veces centenaria Universidad Nacional de Córdoba-, a lo que debe adicionarse indefectiblemente, las improntas del medio donde desarrollaron sus actividades y que les brindara esa comunicación inevitable con la ciencia y la conciencia de su tiempo y de sus respectivas generaciones.

La “sociabilidad” del género humano, consecuencia inevitable del “instinto gregario” que se infiere de su propia naturaleza, exige como punto de partida comenzar por sus características familiares o peculiaridades propias de este primario e inevitable emplazamiento social, pero de la misma manera y quizá con igual o mayor gravitación aún, avanzar en el conocimiento del mundo en el cual se desarrollaron sus aptitudes vitales, recibiendo y aportando a través del proceso de aprendizaje y formación académica, los grandes valores de la sociedad en la cual adquirieron estas aptitudes que los llevarán a transformarse en exponentes genuinos de una determinada impronta generacional.

Sin que sea necesario aproximarnos a través de un análisis más específico respecto de sus formaciones, ideas o pensamientos individuales, Roca y Fragueiro formaron parte activa de la llamada “*Escuela Jurídica de Córdoba*” y ese solo dato resulta más que suficiente para encontrar los vectores comunes capaces de cruzar los distintos meridianos, que por muy diferentes que parezcan, resultan identificados como si llevaran un sello capaz de individualizarlos a la distancia o por cualquier persona que se ocupe de estos menesteres.

El estudio del pasado demuestra con evidencia la verosimilitud de estas aseveraciones, con sólo recordar algunos de los muchos ejemplos que es posible extraer del pasado en este sentido. Nadie duda por ejemplo, que las más grandes obras de los pintores y escultores italianos fueron producto de las famosas *botteghe* o talleres que abundaban en las calles de la antigua Florencia y en los cuales artistas de la talla del Cimabue, Ghirlandaio, Giotto, Verrochio, Perugino y tantos otros, obtuvieron difusión y reconocimiento universal a partir de sus obras, pero además y de

manera decisiva, por las creaciones de sus discípulos, como ocurriera con Leonardo da Vinci, Miguel Angel, Sandro Boticelli, Andrea de Credi, etc., etc., quienes fueron responsables de darle un impulso universal a un fenómeno como el Renacimiento, que no tendrá nunca fin, ya que sus exteriorizaciones artísticas se conservan en la memoria de la humanidad como las más grandes creaciones de la sensibilidad estética, más allá de los tiempos y las circunstancias.

Esto mismo es lo que ocurriera en la Universidad de Córdoba, que abriera sus puertas en 1613, casi contemporáneamente con la de Chuquisaca de 1624, instituciones ambas que fueron creadas a la luz e imagen de la Universidad de Salamanca y por sus aulas pasó lo más granado de las generaciones del continente que tuvieron a su cargo no sólo la responsabilidad de la emancipación americana, sino también y esto no constituye un dato nada menor, el peso y la responsabilidad de haber sabido construir una sociedad imbuida de los ideales occidentales a través de la directa recepción de la cultura greco-romana, pero también mostrando con claridad los perfiles de una identidad o idiosincrasia propia latinoamericana que ya nadie discute por sus características inconfundibles.

Por haber dispuesto Córdoba de una Universidad, cuando este dato no era la regla en las demás ciudades del Virreinato, es que no resulta casual ni obra de la misericordia regia que Carlos III aceptara en 1791, la creación de la Cátedra de Institutas, o en términos modernos, de la primera Facultad de Derecho del país, designando como profesor a Victorino Rodríguez y a quien se le indica como texto base para el dictado y desarrollo de la materia a la obra de Vinnio y de esta manera, comienza por primera vez a estudiarse en Argentina el derecho privado secular o piedra angular de todo lo que con posterioridad sería la enseñanza y pedagogía de la civilística nacional.

No tenemos duda de que si bien Vélez Sársfield se constituye como el patrono indiscutible de la Escuela Jurídica de Córdoba, Victorino Rodríguez conforma su cimiento científico y el punto de partida de toda una tendencia que luego se desarrolla de generación en generación, aportando al país y a la cultura jurídica nacional, exponentes de méritos y valores reconocidos tanto en el ámbito doméstico, como así igualmente, desde una perspectiva nacional e internacional.

Entre estos puntos ineludibles de referencia científica, corresponde recordar a dos nombres que realmente merecen el recuerdo como destacados aportantes a la misma y nos referimos a José Antonio de Saráchaga

-profesor de Institutas del Codificador- y a don Rafael García, que enseña Derecho Romano desde mediados del siglo XIX, hasta que a partir de 1871 y por disposición del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, debe dejar de enseñar el derecho común, para pasar directamente a explicar el sentido y concordancias del reciente Código Civil para la República Argentina aprobado por el Honorable Congreso de la Nación un año antes.

Es interesante analizar las conexiones que existen entre estos cuatro grandes juristas, ya que estudios posteriores -alguno efectuado en forma exhaustiva y brillante por el Prof. Dr. Agustín Díaz Bialet-, resaltan con toda claridad la conexidad intelectual de todos ellos, especialmente en los aspectos técnicos del derecho privado, formándose en consecuencia una verdadera vertiente de conocimiento que si bien abreva en los moldes clásicos del derecho romano-hispano, tal como lo comprobara en un estudio inigualable el ilustre maestro romanista cordobés recientemente citado, ello no obstante logra armonizar ese ilustre pasado con una nueva y moderna concepción emanada de la civilística latinoamericana a través de la conjunción de las obras de Andrés Bello, Texeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield.

Fueron precisamente estos sólidos cimientos sobre los que se construyera nuestro ordenamiento civil, los que le permitieron alcanzar la categoría de "Código histórico" -a semejanza del francés de 1804, o del alemán de 1900-, por ser precisamente, la expresión más perfecta de síntesis y consolidación del pasado, con la realidad de su tiempo, a lo que debe unirse los sueños del porvenir, proceso que nunca encontró ajenos a los juristas de Córdoba.

Cuando la América del Sur sólo disponía de dos centros de enseñanza del derecho a través de las universidades de Córdoba y Chuquisaca, nuestro continente ya mostraba con claridad una idiosincrasia basada en los grandes ideales libertarios y democráticos decimonónicos que inspiraron los movimientos revolucionarios de este continente, sin por ello renunciar a la técnica y sistemática propia del derecho común universal hispano-romano, huellas que quedaron expuestas con notoria claridad en los siglos XVIII y XIX.

Entrado que fuera el siglo pasado, Córdoba ganó con justicia el mote de la ciudad de los doctores, ya que la Universidad pudo mostrar una gama amplísima de cultores del derecho privado de la más alta calidad y renombre nacional e internacional, tales como Enrique Martínez Paz, Henocho D. Aguiar, Pedro León, Alfredo Orgaz, Horacio Valdez, Hipólito

Montaigne, Víctor Romero del Prado, José Buteler Cáceres y tanto otros, que hicieron brillar los blasones cordobeses a través de los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil, como así de otras tantas reuniones académicas, donde se lucía la sapiencia y formación que sólo se obtiene cuando resulta la consecuencia de ambientes y centros de excelencia dedicados a la profundización de una disciplina a través del tiempo -hablamos de siglos y no sólo de años-, y del transcurso de varias generaciones.

El derecho comercial no quedó a la zaga, y vienen a nuestra memoria juristas de la talla de Mauricio Yadarola, Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreira, sobre quienes pesara la alta responsabilidad de llevar adelante todo el proceso de actualización de la *lex mercatoria*, a partir de la reforma del viejo Código de Comercio en materia de títulos de crédito por el decr. ley 6955/63 y los estatutos societarios y concursales sancionados en 1973 a partir de las leyes 19.550 y 19.551, que conformaron los grandes universos nacidos a partir del proceso de descodificación del viejo ordenamiento de 1857, a la par que materializaron la modernización de la legislación mercantil de los tiempos actuales.

Lo curioso de la “Escuela Jurídica de Córdoba”, al menos en lo que respecta al derecho privado, entendiéndolo por ello tanto al civil como el comercial, que más allá de las peculiaridades propias inferidas de la formación y temperamento de cada uno de los juristas mencionados, lo cierto es que guardan entre ellos una coherencia inconfundible, capaz de ser apreciada por el más desprevenido de los investigadores, dato que se aprecia no sólo por estar enrolados sobre las vertientes técnicas que a la postre resultaron universalmente aceptadas -tal como ocurriera con el problema metodológico del Código Civil, del reconocimiento de la Parte General (sujeto, objeto y relación), el tratamiento unitario de la persona física y el status jurídico del *nasciturus*, por citar algunos ejemplos-, sino que también demostraron poseer una misma e idéntica formación filosófica proveniente de las ideas y valores libertarios adoptados por la sabia Constitución Nacional en 1853, y que se anticipara en mucho tiempo incluso a las grandes convenciones internacionales, como la Universal de los Derechos del Hombre, todo lo que indudablemente justifica esta preocupación del Gobierno de Córdoba de realizar estos actos que tienden a refrescar nuestras memorias.

En el terreno del derecho penal, sucede algo semejante y de esta manera aparecen dos nombres que marcaron la huella central de lo que constituye el derecho penal liberal y dogmático, formado en las enseñan-

zas clásicas de Carrara y toda la vertiente que se construye en función de la preservación de las libertades públicas, buscando la sanción de un derecho punitivo construido sobre una tipología cerrada (*tabestan*), que parte del respeto absoluto de las libertades individuales ratificando que todo está permitido, con la única salvedad de aquello que se encuentra especialmente prohibido en la tipología y a través del verbo criminal empleado en la norma, a lo que se unen los enunciados universales del debido proceso, *non bis in idem*, principio de inocencia y la existencia de una concepción de la pena con un sentido de rehabilitación y no de punición del condenado.

Sebastián Soler y Ricardo Núñez ingresan y se transforman por sus enseñanzas, libros y discípulos, en otros representantes de esta Escuela, que para esta época ya resultaba conocida en Europa y el resto de América como uno de los centros de mayor prestigio a la luz de la ciencia criminalística universal.

A la par del derecho sustantivo, cuando se encuentra de por medio la libertad, la honra y el honor de los ciudadanos, el derecho procesal brinda las garantías necesarias del debido proceso, que si bien parece encontrarse dentro de la normativa ritual, hace sin embargo a la propia sustancia, porque no puede haber condenas legales en tanto los mecanismos de aplicación de la ley represiva permanecieran atrasados o fuera de las grandes enseñanzas del derecho universal a este respecto.

Y es así que a principios del siglo pasado, profesores de la talla de Pablo Mariconde y de manera especial, Alfredo Vélez Mariconde -que trabajara en este sentido a la par de Sebastián Soler- o más recientemente de Jorge Clariá Olmedo, autor de un tratado de prestigio internacional, le dieron a Córdoba la primacía de disponer del procedimiento oral que ya había tenido singular éxito en Italia, como instrumento capaz de mejorar considerablemente el descubrimiento de la verdad real que sólo se logra con la inmediatez y el contacto directo del tribunal con los testigos y los procesados.

En 1937, Córdoba pasa a ser la primera provincia del país que introduce un sistema de enjuiciamiento penal oral, precedente que la puso a la cabeza de la técnica procesal de ese momento, y que su experiencia se ha transformado en una referencia necesaria e inevitable, tanto para el resto de las provincias, como para otras naciones latinoamericanas que han seguido sus orientaciones al pie de la letra.

No quisiera terminar estas apreciaciones sin recordar una anécdota personal, porque hace a la proyección de la “Escuela Jurídica de Córdoba” en el campo de la filosofía del derecho. Siempre hemos pensado acerca de la imposibilidad de concebir la existencia de un centro o tendencia en la investigación de las ciencias normativas, sin que se apoyen sobre estudios profundos de la filosofía, porque su carencia hace que todas las demás elaboraciones carezcan de emplazamiento en el campo de la ética, la moral o el reconocimiento de los valores, sin los cuales resulta inimaginable la construcción del derecho.

A mediados del siglo pasado, tuvimos oportunidad de asistir al último ciclo de enseñanza dictado por Giorgio Del Vecchio en la Universidad Pro Deo, de la ciudad de Roma. Como se trataba de un curso de muy pocos asistentes, debimos presentarnos cada uno en particular, explicando sumariamente los motivos que nos inducían a escuchar estas clases, debiéndose agregar la procedencia del establecimiento de donde habíamos cursado nuestros estudios de grado.

Inmediatamente que hiciera pública a nuestra Universidad de Córdoba, Del Vecchio expresó de viva voz: Enrique Martínez Paz, Alfredo Fraguero, dos grandes exponentes de esta Escuela, que obviamente nos llenaron de orgullo, porque a ninguno de los otros asistentes les formulara una recordación semejante. Más recientemente y cuando asistimos a un plan de investigación individual en el famoso instituto Max Planck de Hamburgo, el nombre recordado fue el de Ernesto Garzón Valdez, circunstancias que hablan de las proyecciones de Córdoba, ya no dentro de los estrechos márgenes nacionales, sino proyectados universalmente en las más diversas y variadas disciplinas por la trayectoria y prestigio de sus investigadores, científicos y juristas. Más recientemente y como seguidores de estos maestros, merecen recordarse a Fernando Martínez Paz y a Olsen Ghirardi.

Nadie podría discutir que el derecho se encuentra dentro de las ciencias sociales y que la sociología conforma una disciplina indispensable para la comprensión y alcance de sus contenidos, sin los cuales las disposiciones pueden transformarse en fórmulas vacuas, carentes de contenido o inserción social, provocando, en el decir de Recasens Siches, el más grave de los defectos que puede tener una norma, como ocurre frente a la pérdida de vigencia real.

Y nuevamente en este campo vuelve a brillar con una luz especial la Escuela Jurídica de Córdoba, con Raúl Orgaz, verdadero maestro de la

sociología moderna y punto de partida imprescindible para la comprensión de una fenomenología nacional y continental, al que debe adicionarse de alguna manera, su hermano Arturo Orgaz. Sus enseñanzas e investigaciones resultaron conocidas en diversos lugares de América y Europa, dejando como uno de sus seguidores más destacados, el Prof. Dr. Alfredo Poviña, para luego recordar a otros de la talla de Juan Carlos Agulla, cuyas enseñanzas todavía han dejado su impronta en los cultores de esta disciplina en los tiempos que corren.

Para terminar, quisiéramos formular una felicitación -además del Ministerio de Justicia impulsor de este certamen- a todos los participantes del mismo debido a la excelente calidad técnica de sus trabajos, demostrando al mismo tiempo una clara decisión de avanzar, no sólo en la adquisición de la formación y la experiencia necesarias para lograr el difícil arte de la investigación científica, ajustándose a sus rigores y reglas, sino que también efectuaron un señalado aporte a la memoria colectiva en la recordación de ciudadanos que por sus méritos, trayectoria y generosidad para con su país, constituyen un ejemplo para las generaciones venideras.



**INCORPORACIÓN DE  
ACADÉMICOS  
CORRESPONDIENTES NACIONALES**



## RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN ROSARIO, DR. JUAN MALCOLM DOBSON \*

*Palabras de presentación por parte del señor académico de número Prof. Dr. Efraín Hugo Richard*

Se me ha encomendado la misión de ejercer una suerte de padrinazgo en la asunción como miembro de esta corporación de Juan Malcolm Dobson. De su presentación pública, a todas luces innecesaria, y darle la bienvenida como nuevo miembro. Me siento muy honrado en que me hayan confiado su presentación, pues se une con él no sólo la vocación en la docencia y en la especialidad, sino una larga relación personal y el lugar de nacimiento -Rosario- y el lugar de doctorado -Santa Fe-. También secretario académico (1978-79) y director de la Escuela de Graduados (1991) y consejero directivo docente (1993), en su caso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Sí aclarando que, pese a su importantísima trayectoria, es un hombre mucho más joven del que lo presenta. Nació el 6 de febrero de 1940, o sea que apenas inicia la década de sus jóvenes 70, recibéndose en 1967 como abogado, y obteniendo el grado máximo en 1983, de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

Alcanzó en 2007 su calidad de profesor honorario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, recorriendo con anterioridad toda la carrera docente. Desde adscripto en 1971 hasta catedrático en 1991, hasta 2007 Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Rosario, Santa Fe, investido a través de los tradicionales concursos de la universidades públicas.

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 12 de abril de 2011.

Pero su formación en derecho empresarial la integra desde 1983, también en la Universidad Nacional de Rosario, en su Facultad de Ciencias Económicas, como profesor titular ordinario por concurso, en el Departamento Jurídico, atendiendo Concursos Civiles y Comerciales.

Nos une también el haber trabajado entre los años 1999 y 2008. como catedráticos de la Universidad Austral, Rosario, Santa Fe, Argentina, en el Curso de Master en Derecho Empresario,

Pero la mayor contribución que realizó Dobson fueron sus investigaciones en el derecho comparado en épocas que los accesos eran lentos e inseguros. Lo hizo especialmente en el derecho anglosajón, por su particular manejo del idioma inglés -entre otros idiomas extranjeros, Juan es un políglota-, que entregó en diversas contribuciones, particularmente en su tesis sobre “La desestimación de la personalidad jurídica”, siendo su padrino de tesis el inolvidable Dr. Celestino Araya, padre de otro miembro de la Academia, que calificó de sobresaliente. Su tesis se anticipó a la reforma de la ley de sociedades de 1983. Su libro sobre esa tesis, editado en 1985 ya la incorporó a sus comentarios. El recuerdo del profesor Dr. Celestino Araya fue otro motivo de encuentro en el “Curso de Derecho Concursal en homenaje a Celestino R. Araya” en la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe el 16 de octubre de 1987, donde participamos el hijo Miguel C. Araya, Ricardo Prono, Marcelo Alberti, Héctor Alegría, Salvador Bergel, Alfredo Rouillon, Juan Malcom Dobson y nosotros.

Sus investigaciones en el extranjero se inician en 1978, como *visiting scholar* en el Centro de Derecho, Universidad de Georgetown, Washington, D.C., y continúan en 1980 como *visiting professor*, en el mismo centro, sobre la desestimación de la personalidad jurídica en el derecho estadounidense, que también realizó en los derechos inglés y francés.

Tenemos una deuda de gratitud con él, por esa tarea, tan personal antes del advenimiento de la globalización informática de Internet.

De esas investigaciones devino su tesis. Pero continuó acercándonos al derecho comparado. En 1984 es “*Member of the Faculty*” (*elected*), Faculty of Law, University of Cambridge, Inglaterra; en 1985, actuando como *visiting scholar* en la Facultad de Derecho de esa misma Universidad, adscribiéndose al Trinity College, estudios que continuó en 1986, en la misma categoría en el Wolfson College también de la Universidad de Cambridge, Inglaterra, particularmente realizando una investigación sobre cláusulas de reserva de dominio en el derecho inglés.

Producto de esa labor fueron sus artículos publicados en el extranjero en inglés: en 1986, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Part. 4, “Lifting the Veil in Four Countries: The Law of Argentina, England, France and the United States”, The British Institute of International and Comparative Law”, London; en 1998, *Texas International Law Journal*, vol. 33, nr. 1, “Argentina’s Bankruptcy Law of 1995”, The University of Texas at Austin School of Law Publications, Inc.; en 1997, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*; vol. 17, nrs. 2 & 3, “Argentine Companies Law”. En francés en 1991, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Journées de la Société de Législation Comparée, “Le régime juridique de la faillite dans les lois de l’Argentine, du Brésil et de l’Uruguay”, *Société de Législation Comparée*, vol. 13, Paris.

Con esos antecedentes su figura y su trayectoria se expanden hacia el exterior, cuyo periplo se integra entre 1990 y 2008 como profesor orientador, Facultad de Derecho, Universidad Federal de Río Grande del Sur, Porto Alegre, Brasil. A cargo de dirección de tesis de Mestrado de 8 alumnos, y entre 2005 y 2006 profesor visitante, Curso de Postgrado, Direito Empresarial, Facultad de Derecho, Universidad Federal de Río Grande del Sur, Porto Alegre, Brasil, y entre 2004 y 2006, profesor visitante, Curso de Postgrado, Direito Empresarial, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica, Porto Alegre, Brasil.

Sus calidades en la investigación y actividad profesional se plasman al ser convocado, también en el exterior, como autor del Anteproyecto de Ley de Insolvencia Empresarial República de Honduras, 2006, Comisionado por el E. Gobierno de la República de Honduras (Comisión de Bancos y Seguros) para la redacción de un Anteproyecto de Ley de Insolvencia Empresarial, previo concurso. El Anteproyecto definitivo fue entregado en el mes de diciembre de 2006 y se encuentra a estudio por una Comisión del país de destino.

En 2004-2005: Informe sobre Legislación en Materia de Crédito en la República de Colombia. Ello incluyó trabajo de campo en Bogotá, Colombia en octubre 2004 y exposición oral ante el Sr. ministro de Hacienda de Colombia; superintendente de Sociedades de Colombia y sus equipos el 11/10/04. Entre 2005 y 2006: Informe sobre Legislación en Materia de Crédito en la República de Uruguay, incluyó trabajo de campo en Montevideo, Uruguay en octubre 2005. En 1995, miembro de la Comisión de 5 expertos (Alemania, Argentina, Australia, Canadá y Francia) designada

por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) y la Asociación Internacional de Expertos en Insolvencia (Insol) que preparó un Informe sobre Acceso y Reconocimiento en Insolvencias Internacionales. El Informe de la Comisión de Expertos tuvo su antecedente en un panel que tuvo lugar en el foro de Uncitral en Viena, Austria en el que participaron los miembros de la Comisión y fue presentado en Toronto, Canadá en el “Coloquio Judicial Multinacional” de 1995. El informe fue el principal trabajo preparatorio para la labor emprendida a continuación por Uncitral, la cual culminó en la adopción, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1997, de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza, actualmente adoptada por EE.UU., México, Gran Bretaña, Perú, Japón (entre otros). Temas estos últimos que califican su discurso de incorporación a esta Academia.

Ha trabajado en proyectos de consultoría relacionados con el desarrollo jurídico para regular la insolvencia empresarial en calidad de consultor del Banco Mundial.

Nos tocó compartir en el 2002, en la Comisión de Reforma al sistema concursal, con un asesoramiento al Ministerio de Justicia de la República Argentina para la adopción de un Programa Abreviado de Reestructuración Empresarial (PREA). Dobson fue más allá, redactó un anteproyecto, celebró tres reuniones con las principales Bolsas de Comercio del país y luego con nosotros en el seno de la Comisión Especial designada por el Ministerio de Justicia para la reforma de la Ley de Concursos y Quiebras.

También compartimos hoy el elenco de árbitros del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario.

En nuestro país ha publicado: *La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado*, Buenos Aires, Depalma, 1985 -como habíamos anticipado-; *Ley de cheques*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

A su vez, en su vocación grupal ha publicado varios libros en colaboración: *Cross Border Insolvency: Comparative Dimensions*, United Kingdom National Committee of Comparative Law, capítulo referente a Argentina, London, 1990; “Los errores de gestión y la responsabilidad civil de administradores de sociedades comerciales”; En *Derecho concursal*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 123; *Cross Border Insolvency- Argentina*, Insol International, London, 2003; *Employee Entitlements in Insolvency*,

Insol International, London, 2005; *Derecho del Comercio Internacional Unión Europea-Mercosur*, colaboración sobre “Derecho de la insolvencia transfronteriza del Mercosur-Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay”, en *Negocios internacionales*, Madrid, Reus, IBF, Montevideo-Buenos Aires, 2005. “Las leyes de emergencia frente a la crisis financiera argentina 2001-2002”, en *Homenagem a Clóvis do Couto e Silva*, Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2003.

Su labor ha merecido distinciones en sus actividades académicas, destacándose en 2006: copresidente del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, 28 y 29 septiembre 2006, Rosario, Santa Fe, y en 2004: Premio a la Mejor Ponencia- Comisión N° 6, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001, congresos donde hemos compartido debates y podemos dar testimonio de la solidez de sus posiciones.

Atrás de este hombre, una gran mujer que lo acompaña desde su juventud, su señora Miryam Stodart, aquí presente y a la que agradezco públicamente el apoyo para que Juan pueda desarrollar sus vocaciones, -pariente de un distinguido abogado que fue en Córdoba, que han concebido tres hijos, todos ya casados que les han regalado numerosos nietos.

Como padre y maestro en la vida, ha gestado discípulos, hijos académicos, entre ellos uno de sus hijos, Juan Ignacio Dobson que es abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, doctorado en la misma y autor de la importante obra: *Interés societario*, editada por Astrea.

Volvamos a su tesis y primer libro, al que hemos hecho muchas referencias por su importancia en el desarrollo doctrinario del tema; está dedicado a sus padres, Herbert Edgar Dobson (*in memoriam*), a quien sin duda debe su capacitación lingüística, y a Haydée Alvarez. Esto merece una especial referencia, pues nuestro incorporado es identificable como Juan Malcolm Dobson Alvarez. Y aquí se marca otra impronta en la gestación de sus calidades de abogado, jurista y escritor.

Sé que constituye un orgullo familiar el que Juan sea nieto por parte de madre de Juan Alvarez, quien desde muy joven ingresó a la justicia federal. Llegó a camarista federal en la ciudad de Rosario, y en la década del 40, fue designado procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debiendo lidiar con los gobiernos de facto y las intrigas políticas que afectaron a toda la Corte y su procurador.

Pero, más allá de ese aspecto que califica a su abuelo como un destacado jurista, su significación más trascendente fue como historiador, particularmente por su una obra clave: *Historia de las guerras civiles argentinas*, a las que siguieron *Historia de Rosario* e *Historia de Santa Fe*. Sus lauros lo llevaron a la Academia Argentina de Letras. Este antecesor fundó la Biblioteca Argentina, ubicada en Plaza Pringles de la ciudad de Rosario, que hoy lleva su nombre: “Juan Alvarez”.

Sin duda su abuelo fue todo un personaje, como lo es nuestro nuevo académico. Me congratulo de recibirlo en el seno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, un gran jurista, pero sobre todo una muy buena persona. Bienvenido Juan: un aplauso y un abrazo para significar nuestra alegría.

# LA QUIEBRA INTERNACIONAL, LA LEY MODELO DE UNCITRAL 1997 Y LOS PROCEDIMIENTOS DERIVADOS <sup>1</sup>

por JUAN MALCOLM DOBSON

**SUMARIO:** A. El problema central de la quiebra internacional. 1. El “acceso” y el “reconocimiento” en la quiebra internacional. 2. El acceso y el reconocimiento en los Tratados de Montevideo, la Ley Modelo de UNCITRAL 1997 y el Reglamento del Consejo de Europa 2000. 3. Procedimientos “derivados” y “secundarios” de una quiebra con efectos internacionales. B. Objetivos de esta disertación. a. El derecho de fuente internacional. Países integrantes de los Tratados de Montevideo 1889 y 1940. b. Derecho de fuente interna. Países no integrantes de los Tratados de Montevideo. c. La “Section” 304 del “Bankruptcy Code” de EE.UU. y su influencia en el derecho posterior. 3. Los procedimientos “derivados” (“*ancillary procedures*”) de un procedimiento de insolvencia extranjera en la Ley Modelo de UNCITRAL 1997. a. Los procedimientos “derivados” en el Reglamento del Consejo de la Unión Europea. Conclusiones.

## A. El problema central de la quiebra internacional

La problemática de la quiebra internacional gira en torno de la siguiente pregunta: ¿una persona declarada en quiebra en un país, también lo está fuera del territorio de ese país? Una persona declarada en quiebra en Brasil: ¿también está en quiebra en la Argentina, pese a que aquí no se ha dictado una sentencia de quiebra? Esto se denomina también “quiebra a través de las fronteras”, o “quiebra transfronteriza”. Idéntica cuestión podría plantearse para un concursado preventivamente. A los fines de

---

<sup>1</sup> Conferencia dictada el 12 de abril de 2011.

simplificar, voy a utilizar en este trabajo la expresión “quiebra internacional”, ya que en última instancia voy a ejemplificar sobre la base de un procedimiento extranjero de liquidación.

### 1. El “acceso” y el “reconocimiento” en la quiebra internacional

Una vez planteado el problema básico, surgen inmediatamente dos cuestiones fundamentales en la quiebra internacional o quiebra a través de las fronteras con Argentina, que son:

- a) El “acceso”, esto es: la posible legitimación de un síndico de una quiebra abierta en el extranjero (o de un deudor en un concurso preventivo) para actuar ante los tribunales argentinos.
- b) El “reconocimiento”, esto es: si la ley argentina ha de reconocer los efectos de una quiebra (o de un concurso preventivo) abierta en el extranjero cuando no hay una quiebra (ni un concurso preventivo) abierta en nuestro país.

El “acceso” (legitimación del síndico extranjero) es una consecuencia del “reconocimiento” de la sentencia de quiebra extranjera. No obstante, ambos pueden y deben ser diferenciados. Existiendo una adecuada base legal que admita un reconocimiento general, el “acceso” puede ser autónomo del “reconocimiento”<sup>2</sup>. En todo caso, puede establecerse que puede efectuarse un reconocimiento “parcial”.

Este fue el supuesto de hecho de los tres casos que voy a examinar en esta exposición: “acceso” sin “reconocimiento”, o sólo con un reconocimiento “parcial”.

---

<sup>2</sup> El acceso de un síndico extranjero a un procedimiento local puede ser otorgado sin un reconocimiento *expreso* de la sentencia de quiebra extranjera en la cual fue designado. El reconocimiento puede estar contenido en una norma local *general*, en cuyo caso el síndico extranjero puede tener acceso sin tener que solicitar el reconocimiento de la sentencia de quiebra extranjera en forma expresa. Si no existe esa norma general de reconocimiento, el “acceso” autónomo no será posible, y menos aún si existe una norma expresa que lo prohíbe, como es el caso del art. 4° de la ley 24.522.

Este supuesto será denominado aquí “procedimiento derivado de una sentencia de quiebra extranjera”<sup>3</sup>.

## 2. *El acceso y el reconocimiento en los Tratados de Montevideo, la Ley Modelo de UNCITRAL 1997 y el Reglamento del Consejo de Europa 2000*

Tanto el Tratado de Montevideo de 1889 que vincula a la Argentina con Bolivia, Perú y Colombia<sup>4</sup> como el Tratado de Montevideo de 1940, que vincula a nuestro país con Uruguay y Paraguay, así como la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997<sup>5</sup> y el Reglamento del Consejo de Europa de 2000<sup>6</sup> parten todos de la base de que deben admitirse tanto el “acceso” como el “reconocimiento”.

Debe destacarse que Brasil, miembro integrante del Mercosur, no es parte de los Tratados de Montevideo, ni tiene tratados bilaterales con Argentina respecto de la insolvencia internacional<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Esa “derivación” es el contenido básico del procedimiento denominado “*ancillary*” en el Código de Bancarrotas de los EE.UU. de 1978 (Sect. 304) que se explicita más abajo, como distinto de los procedimientos “secundarios”, “paralelos” o “concurrentes”.

<sup>4</sup> Esto, a diferencia del derecho interno argentino donde las soluciones son distintas. El “acceso” está previsto en los arts. 45 del Tratado de 1889 y el 49 del de 1940.

<sup>5</sup> Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 52-18 del 15 de diciembre de 1997 (Ley Modelo de UNCITRAL, siglas en inglés de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI). Adoptada por Australia (2008), Canadá (2009), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2007), EE.UU. (2005), Grecia (2010), Japón (2000), Mauricio (2009), México (2000), Montenegro (2002), N. Zelanda (2006), Polonia (2003), UK (2003), Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004), Sudáfrica (2000).

<sup>6</sup> Reglamento 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia.

<sup>7</sup> Debe destacarse que el derecho interno brasilero es particularmente receptivo respecto del reconocimiento de las sentencias de quiebra extranjeras. Si bien ni la actual Lei de Recuperação Judicial e Falência N° 11.101 de 2005, ni la anterior Lei de Falências contienen disposiciones relativas a la insolvencia internacional, ya desde el derogado

En nuestro país ha sido analizada la posibilidad de introducir como parte del derecho interno la Ley Modelo de UNCITRAL. Al respecto, en 2002 se nombró una comisión formada por algunos de nuestros mejores juristas, que se expidió en favor de la adopción de la Ley Modelo.

Es con respecto a esta posible adopción -aun pendiente al día de la fecha- es que se realizan los siguientes comentarios, en el convencimiento de que sería necesario introducir algunas modificaciones <sup>8</sup> a los fines de admitir la posibilidad de legislar sobre “procedimientos derivados”, como se expresa a continuación.

### *3. Procedimientos “derivados” y “secundarios” de una quiebra con efectos internacionales*

Partiendo de la base de que una adecuada ley internacional de la quiebra ha de, necesariamente, aceptar tanto el “acceso” como el “reconocimiento”, esta disertación ha de centrarse en un aspecto que considero trascendente por su reiteración en la práctica: el de los procedimientos “derivados” y los “secundarios”. Se trata de los casos en que no interesa

---

Código de Procedimientos Civiles de 1939 (art. 786) se disponía que serían reconocidas las sentencias de quiebra extranjeras. Actualmente, las sentencias de quiebra extranjeras son tratadas como cualquier otra sentencia de igual procedencia: para tener eficacia en el territorio brasileiro, deben ser homologadas por el Tribunal Supremo de Brasil (STJ), habiendo sido el trámite reglamentado por el alto tribunal, donde se da intervención al deudor. También admite la homologación de concordatos obtenidos en procedimientos extranjeros, siempre que el acreedor brasileiro hubiere sido citado al procedimiento extranjero. Ver J.C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual de Direito Falimentar*, Freitas Bastos, 1985, pág. 107. El Protocolo de Las Leñas (Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Países del MERCOSUR) no afectó la exigencia de la homologación ante el STJ (STJ, CR-7.618-8 (1997), en el mismo sentido CR-8.267 (1999). Ver Silvio BATTELLO CALDERÓN, “A insolvencia empresarial no MERCOSUR”, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidade Rio Grande do Sul, Brasil, 2007, pág. 193 y ss.

<sup>8</sup> La Ley Modelo de UNCITRAL, al no ser una convención internacional, admite modificaciones al ser introducida como derecho interno, ver “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza”, A/CN.9.442, 19/12/97, III, 12, pág. 7.

al procedimiento argentino ni la suspensión de las acciones individuales de los acreedores en otros países ni la suspensión de los intereses allí, ni la aplicación del régimen de ineficacia de transferencias realizadas en el país extranjero, ni de otros efectos relevantes de la quiebra, sino solamente la liquidación de bienes existentes en el país.

Dicho en otros términos: la disertación se propone principalmente la indagación sobre los procedimientos derivados de los pedidos de cooperación judicial internacional efectuados a la justicia argentina por jueces que han declarado la quiebra en el extranjero, analizando tanto los Tratados de Montevideo como la Ley Modelo de UNCITRAL y el Reglamento del Consejo de Europa, limitando la exposición a los casos en que se persigue solamente la liquidación de bienes de propiedad del fallido existentes en otro país extranjero.

*a. Los procedimientos “derivados” (“ancillary”) y los procedimientos “paralelos” “secundarios” o “concurrentes” de una quiebra con efectos internacionales*

Debe marcarse una diferencia entre dos tipos de procedimientos de insolvencia que se apartan ambos del principio de la universalidad. Partiendo de la base de la existencia de un procedimiento de insolvencia “principal”, que es el que tramita ante los jueces<sup>9</sup> del Estado donde se halla radicado el punto de conexión (ya sea el domicilio, sede de la administración, principal establecimiento, o intereses principales del deudor) existe la posibilidad de dos formas de aproximación a la colaboración que pueda prestar un juez de otro Estado. A los fines de intentar simplificar aquí las dificultades que involucran las disquisiciones que siguen, ejemplificaré diciendo -siguiendo con el ejemplo elegido- que el procedimiento “principal” es el radicado ante el juez argentino (lugar del domicilio social de la sociedad fallida) y que el procedimiento “derivado” o el “secundario” o “paralelo” es un procedimiento en la República Oriental del Uruguay, donde existen bienes del deudor.

---

<sup>9</sup> En algunos países -Colombia, p. ej.- los procesos concursales tramitan ante órganos administrativos no judiciales.

Una de las formas de colaboración posible consiste en un procedimiento que se ha dado en denominar “derivado” o “dependiente”. Se trata de un procedimiento limitado en sus efectos, ya que con su apertura no se producen los efectos propios de la quiebra o del concurso preventivo, sino que el objetivo de este procedimiento es solamente brindar asistencia al juez de la quiebra “principal”. Este procedimiento “derivado” o “dependiente” tiene ventajas sobre una nueva quiebra: es generalmente más barato, más rápido y más eficiente ya que no trae aparejados todos los costos<sup>10</sup>, complicaciones y exigencias de un procedimiento concursal pleno<sup>11</sup>. Obviamente, un procedimiento de estas características debe otorgar la posibilidad de que el juez uruguayo tenga la facultad de examinar que los acreedores uruguayos reciban un trato igualitario en el procedimiento “principal” argentino. Una de las dificultades que presenta este método es la aplicación del régimen de los privilegios y gastos del concurso, que difieren de un país a otro y que pueden diferir en el derecho argentino y el uruguayo.

Una alternativa es el método de los “procedimientos paralelos”, también llamados “concurrentes”<sup>12</sup>, para cuya aplicación se admitirá la existencia de dos procedimientos de insolvencia a la vez tramitando en dos países distintos (en el caso, uno en Argentina y otro en Uruguay). En este caso, una quiebra en la Argentina y un procedimiento de insolvencia (de liquidación) en Uruguay. En el método de los “procedimientos paralelos” se intenta coordinar los actos procesales de los jueces de los dos países y lograr una mayor coordinación mediante una estrecha colaboración mutua. Aquí las dificultades en materia de privilegios no se presentan, ya que cada uno de los jueces aplica su propio derecho y, por ende, su propia escala de privilegios.

---

<sup>10</sup> Como, por ejemplo, los costos que derivarían del nombramiento de un síndico para actuar en una quiebra local, de un martillero para actuar en la liquidación, valuadores para determinar el valor de los bienes, etc.

<sup>11</sup> Jay L. WESTBROOK, “Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles and the UE Insolvency Regulation”, en *The American Bankruptcy Law Journal*, vol. 76, winter 2002.

<sup>12</sup> Ver art. 22, Draft Guide to the Enactment of the UNCITRAL Model Legislative Provisions on Cross-Border Insolvency, 16 April 1997, A/CN.9/436

En el régimen de los procedimientos “derivados”, la tramitación es más simple: el reconocimiento de la quiebra extranjera es limitado a los fines de la liquidación de bienes del deudor en el país, no produciéndose otros efectos.

## **B. Objetivos de esta disertación**

Así entonces, el objetivo limitado de esta disertación será analizar la necesidad de establecer reglas expresas en el derecho argentino en materia de *procedimientos “derivados”* en las quiebras internacionales. Se analizarán después las soluciones que proponen en esta área la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997 y el Reglamento del Consejo de Europa sobre Procedimientos de Insolvencia de 2000.

### *La necesidad de legislar sobre procedimientos “derivados” en el derecho argentino*

Las normas legales y los precedentes jurisprudenciales argentinos son vetustos e inadecuados al tiempo presente. Como se sostendrá en la exposición que sigue, la solución prevista por el derecho interno argentino y por los Tratados de Montevideo 1889 y 1940 carece de la eficiencia necesaria como para que se recurra con asiduidad a estos procedimientos por los interesados. En efecto, los síndicos argentinos y extranjeros recurren raramente a estos procedimientos, y no lo harán con la frecuencia deseada hasta que las reglas en la materia no sean claras y eficientes.

Por otro lado, existen instrumentos internacionales que pueden servir de específico modelo para el cambio que se requiere.

### *1. El derecho de fuente internacional. Países integrantes de los Tratados de Montevideo 1889 y 1940*

#### *El caso “Mefima”*

Para poner un marco adecuado a la cuestión, estimo destacar de inicio un importante precedente argentino en la aplicación del Tratado de Montevideo de 1940 con Uruguay. El caso tiene ya algunos años, pero en

él se pusieron de resalto y se discutieron algunos de los problemas que aquejan a los procedimientos “derivados” en las quiebras internacionales.

La particularidad de este caso es que en él tanto los tribunales uruguayos -en sus tres niveles- como el tribunal argentino resolvieron conforme al principio que se ha dado en llamar de “universalidad y unidad”, a saber: a) el único juez competente para todas las cuestiones posibles era el juez extranjero (en el caso el argentino); y b) el derecho aplicable era el derecho extranjero (en el caso el argentino). Es la aplicación sin cortapisas del principio de universalidad y unidad sin modificaciones.

En este caso se demuestran -a mi criterio- las deficiencias que presenta la aplicación sin cortapisas del principio de universalidad y unidad que propugna el Tratado de Montevideo de 1940 para este supuesto y la necesidad de utilizar un concepto de universalidad “modificado”. Un síndico bajo un juez de Buenos Aires no puede administrar adecuadamente bienes en Uruguay: es necesario que el juez uruguayo tenga jurisdicción para la liquidación de esos bienes.

Este primer caso al que haré referencia tiene el interés de que se presentó una serie de problemas típicos de este tipo de situaciones y también por cuanto hubo decisiones sobre ellas en las tres instancias de la República Oriental. El caso se denomina “Mefima S.A.” y tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 8, de la ciudad de Buenos Aires, en 1980.

El caso se refería a la situación de una persona jurídica declarada en quiebra en Buenos Aires, que tenía en propiedad un importante campo en el Departamento de Maldonado, Uruguay. En consecuencia, era aplicable el Tratado de Montevideo 1940, con lo que la quiebra argentina tuvo “reconocimiento” en Uruguay y el síndico argentino tuvo “acceso” a los tribunales uruguayos. Para atender las necesidades de administración del campo, el síndico argentino se presentó ante el juez argentino y a su pedido se nombró un administrador de nacionalidad uruguayo. Pasado algún tiempo, el administrador uruguayo no rindió cuentas a criterio del síndico argentino, por lo que éste pidió ante el juez argentino y obtuvo de éste su remoción. Designado un segundo administrador uruguayo por el juez argentino a pedido del síndico argentino, se presentaron los mismos problemas de rendición de cuentas. El síndico argentino planteó nuevamente y obtuvo ante el juez argentino la remoción del segundo administrador.

Los problemas que se presentaron fueron cuestiones de competencia planteados por los dos sucesivos administradores uruguayos y los abogados de estos administradores uruguayos por sus honorarios por trabajos desempeñados en Uruguay (incluso el segundo administrador planteó derecho de retención sobre el campo por sus honorarios). Se argumentó que el juez argentino no tenía competencia para removerlos, competencia que le correspondería según ellos al juez uruguayo.

- Fallo de primera instancia de Maldonado, Uruguay (1991): El juez uruguayo sólo actúa como un *comisionado* del juez argentino para la ejecución de las medidas ordenadas por este último.

- Fallo de la Cámara de Montevideo (1992): Los administradores y abogados uruguayos son *auxiliares de la justicia argentina*. El trámite en Uruguay no podía ser considerado un “proceso secundario” o un “incidente” conforme al derecho uruguayo.

- Corte Suprema de Justicia de Uruguay (1993): Todas las cuestiones atinentes a los honorarios deben ser resueltas por el juez argentino. Se trata de una cuestión incidental dentro de la quiebra única argentina

### *Las enseñanzas de “Mefima”*

Un adecuado procedimiento “derivado” de la quiebra nacional es indispensable, por las siguientes razones.

- Las dificultades de la administración “a distancia”. En primer lugar: ¿por qué era necesario nombrar administradores si ésta era precisamente la obligación del síndico argentino: administrar los bienes? La misma necesidad de nombrar administradores (nombramiento solicitado por el síndico y aceptada por el juez en tres oportunidades distintas, con distintos administradores en cada caso), denota la imposibilidad de administrar bienes en otro país, con distintas leyes. La comunicación entre el síndico argentino y los administradores fue deficiente y en algunos casos se interrumpió totalmente. En una oportunidad uno de los administradores uruguayos compareció ante el juez argentino y dejó sin efecto su domicilio constituido en Buenos Aires.

- Situación fáctica provocada por las demoras. Testigos declararon que cientos de camiones habían salido del campo de la fallida cargados con leña; la hacienda lanar se enfermó de una peste y tuvo que intervenir la policía local, poniendo un cordón sanitario alrededor; se declaró un

voraz incendio. La casa de la estancia fue desmantelada por ladrones. Después de algunos años, los vecinos gestionaron ante la Municipalidad de Maldonado la expropiación del campo, lo que finalmente ocurrió. El campo se había degradado considerablemente y todo ello llevó unos diez años hasta que la indemnización por la expropiación se encontró disponible. Aun así el importe de la indemnización fue embargado por los abogados uruguayos.

*Importancia de Mefima en el trabajo preparatorio de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997.* El caso “Mefima” fue presentado ante la Comisión que redactó el único trabajo preparatorio de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997, señalándose las dificultades que aparecían en la práctica al no establecerse un procedimiento “dependiente” o “secundario” en los casos de quiebra única con bienes en otros países.

## 2. *Derecho de fuente interna. Países no integrantes de los Tratados de Montevideo*

### *“Panair do Brasil S.A.”*

Este es un caso tramitado en un pedido de cooperación internacional de un juez brasilero, país no integrante de los Tratados de Montevideo, por lo que se aplicó el derecho interno argentino. A mi criterio, este caso demuestra los esfuerzos interpretativos que hicieron los jueces argentinos para sortear las barreras que pone el derecho argentino interno a la cooperación internacional en materia de quiebras cuando se trata de países no integrantes de los Tratados de Montevideo.

Panair do Brasil S.A. había sido declarada en quiebra en Río de Janeiro, Brasil. Brasil no es parte en los Tratados de Montevideo, por lo que éstos -a diferencia del caso anterior “Mefima”- no eran de aplicación. No existía -ni existe hoy bajo la vigencia de la ley 24.522- en el derecho argentino “reconocimiento” de la sentencia de quiebra brasilera (en aquel entonces se aplicó el art. 7º ley 11.719, actual art. 4º ley 24.522) y no estaba claro en aquel entonces si habría “acceso” para el síndico brasilero. El juez brasilero había enviado un exhorto al juez de la ciudad de Buenos Aires solicitando cooperación judicial internacional para que se procediera a la liquidación de

los bienes que la sucursal de Panair tenía en calle Maipú 439 de dicha ciudad. En el caso, se había presentado en Buenos Aires un apoderado del síndico designado por el juez de la quiebra de Brasil.

*La cuestión del “acceso” del síndico extranjero*

El fallo del juez de primera instancia (Dr. Boggiano), 29 de diciembre de 1975<sup>13</sup> entendió que el art. 7º ley 11.719 (similar en este aspecto al art. 4º ley 24.522) no le permitía reconocer la sentencia de quiebra brasilera, por lo que resolvió ordenar la publicación de edictos con el fin de: 1) anunciar el día y la hora de sorteo de un síndico argentino para intervenir en el trámite del exhorto; 2) emplazar a los posibles acreedores para que en el término de 30 días presenten ante el síndico designado los títulos justificativos de sus créditos; 3) fijar fecha de audiencia para la celebración de la Junta de verificación y graduación de créditos (de acuerdo con las disposiciones de la entonces vigente ley 11.719; 4) clausurar el local de Panair de Brasil en Buenos Aires; 5) inventariar los bienes, a cuyos fines designó a un escribano local. No había ley que autorizara tal procedimiento, el que fue diseñado por el juez para el caso.

Esta resolución fue apelada, y la Cámara de Apelaciones en lo Comercial<sup>14</sup> confirmó la resolución del juez de primera instancia.

Llevada la cuestión del “acceso” del representante del síndico brasilero a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de julio de 1972, ésta resolvió<sup>15</sup> que en el derecho argentino, el síndico reviste el carácter de funcionario, por lo que de ninguna manera puede aceptarse, sin menoscabo del orden público interno, que un nombramiento emanado de un juez extranjero pueda privar a un juez argentino de la atribución que le confieren las leyes argentinas en esta materia<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> En A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. III, pág. 951.

<sup>14</sup> “Panair do Brasil S.A. s/ Exhorto”, 18/11/70, con el voto de los Dres. Halperín, Vázquez y Parodi (ficha N° 8123).

<sup>15</sup> E.D., t. 45, pág. 739; A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. III, pág. 938.

<sup>16</sup> Es discutible la vigencia actual de la regla establecida en el caso “Panair do Brasil”, atento el largo tiempo transcurrido y la regla establecida por la Corte Suprema

Segunda cuestión: ¿Puede admitirse que el síndico de la quiebra brasileira represente al deudor aun cuando se halle prohibido reconocer los efectos de la quiebra brasileira en Argentina?

En el mismo fallo de primera instancia (29 de diciembre de 1975), se resolvió esta cuestión:

- Un acreedor, la DGI, verificó su crédito, el que quedó firme.
- El representante brasileiro consignó el importe del crédito de la DGI, depositándolo a la orden del juzgado.
- Un abogado argentino sostuvo que dado el estado de quiebra de Panair do Brasil, su representante no podía pagar a los acreedores sino a través de la liquidación de los bienes, por lo que solicitó se impulsara el procedimiento de liquidación.

- El juez de primera instancia resolvió que Panair do Brasil no estaba en quiebra en la Argentina, por lo que su representante podía libremente pagar a un acreedor en la Argentina. Además, que nada impedía reconocer en Argentina al representante de una quiebra estrictamente territorial brasileira como representante de Panair do Brasil.

- El juez sostuvo que si bien los efectos de la quiebra brasileira no pueden ser reconocidos en territorio argentino, nada impedía que se reconocieran los efectos que la quiebra brasileira producía en el *propio territorio brasileiro*, entre los cuales se hallaba el carácter de representante de la quiebra que tenía el síndico brasileiro conforme al derecho del Brasil.

En la opinión de quien esto escribe, el razonamiento aparece como una interpretación un tanto extrema, ya que el representante argentino no era un apoderado de la fallida sino que había sido designado por el síndico

---

Nacional en el caso más reciente “Amiano” y con otra integración, que si bien no se abocó al mismo problema, las conclusiones del mismo podrían afectar la solución. En el caso “Amiano” se resolvió que la actividad del síndico no puede ser propiamente caracterizada como pública, en el sentido en que lo son las de los funcionarios y empleados del Estado pues, por las mismas razones expuestas respecto de los escribanos de registro, la naturaleza del vínculo del síndico con el Estado Nacional resulta insuficiente para adjudicarle el rango de funcionario público a los efectos del art. 1112 C.C. (C.S.J.N., 4/11/03, “Amiano”, en RDCO, n. 207, pág. 746; RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO, *Ley de Concursos y Quiebras*, 3ª ed., t. III, pág. 525).

brasileño<sup>17</sup>. Si el que hubiese pagado fuera el apoderado del propio deudor Panair en virtud de sus propias facultades, entonces sería congruente: Panair no está en quiebra en la Argentina<sup>18</sup>. Pero aceptar que el representante del síndico es representante del deudor Panair es reconocer los efectos de la quiebra brasileña y, consecuentemente, es ir contra el propio texto de la ley argentina vigente (en aquel entonces, el art. 7º ley 11.719). Admitir el carácter de representante del concurso del síndico brasileño importa tanto como admitir el desapoderamiento del deudor y ello es necesariamente un efecto de la quiebra brasileña.

Pero la solución dada al caso “Panair” importó establecer que en la Argentina, los síndicos extranjeros pueden tener “acceso” aun cuando no exista “reconocimiento” de la sentencia de quiebra extranjera, por cuanto esto último se halla vedado por la ley. Esto marca un rumbo, aunque no el deseable.

El juez de primera instancia sostuvo que el síndico argentino por él designado no representaba a la fallida Panair, sino que había sido nombrado a fin de proteger a los acreedores locales y a los privilegios que les reconoce la ley argentina (pág. 954, consid. 11º).

---

<sup>17</sup> ¿De dónde surgirían las facultades del síndico brasileño si no como derivación de la sentencia de quiebra brasileña? Y si no se reconoce la existencia de la quiebra brasileña, cómo reconocer al síndico en ella designado. Además, si no se reconoce la sentencia de quiebra extranjera: ¿con qué título se procedería a la liquidación del local de “Panair”. Ante la prohibición del reconocimiento de la sentencia de quiebra extranjera contenida en el art. 7º, ley 11.719 (art. 4º, ley 24.522), el acceso del síndico extranjero deviene parte de la prohibición (ver nota 1, *supra*). El buscar un cierto “paralelismo jurídico” con los Tratados de Montevideo 1940 y 1889 no es posible, ya que ambos tratados parten de una norma general que establece el reconocimiento de la quiebra extranjera.

<sup>18</sup> Estimo que si el deudor declarado en quiebra en Brasil no está en quiebra en la Argentina, entonces, debería el síndico hacerse otorgar un poder convencional por el deudor brasileño y actuar en función de esa representación convencional. El deudor actuaría en función de sus “facultades residuales”, ya que los bienes no estarían sujetos a desapoderamiento por estar ubicados en un país que no acepta la quiebra brasileña. Pero, ¿podría el deudor ser conminado a otorgar ese apoderamiento convencional? ¿Importaría su negativa violar su obligación de colaboración con el procedimiento de la quiebra?

*Fallo de la Cámara de Apelaciones (13 de setiembre 1976)*

El argumento de la apelante de que la fallida Panair estaba desahogada y por lo tanto no puede pagar, debe desecharse. Panair no está en quiebra en la Argentina, por lo que puede pagar un crédito a través de su representante (el síndico brasilero). La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que no es la quiebra la que se extraterritorializa sino que lo que se extraterritorializa es la representación de la fallida.

Esta segunda cuestión no llegó la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

*Enseñanzas de "Panair do Brasil"*. La principal enseñanza de Panair es que los procedimientos "derivados" son imprescindibles en el contexto de una quiebra internacional. El negar "acceso" y "reconocimiento" provoca una situación de difícilísima solución. Tengo para mí que la pregunta que se hicieron los jueces en "Panair" fue: ¿qué hacer con el local en Argentina? El local se hallaba inscripto en el Registro de la Propiedad a nombre de Panair y no habían acreedores en Argentina. La solución a que arribaron los jueces argentinos fue heroica, adoptando una doctrina que no era válida ni en Brasil ni en Argentina <sup>19</sup>: que el síndico era un representante del deudor. El síndico no es un representante del

---

<sup>19</sup> *Argentina*: El síndico no es un representante del deudor ni de los acreedores, sino que es un órgano del concurso (CNCom., Sala A, 5/3/82, "Tintorería Muller", E.D. 99-273). La sindicatura es un órgano de la quiebra y no un mandatario del juez, la prueba de ello es la notoria diversidad de contenido que existe entre el párrafo segundo del art. 175 de la Ley de Concursos (hoy art. 181) y el art. 1881 C.C., lo que permite interpretar que el síndico no necesita autorización judicial para ejecutar actos de disposición que no sen los enunciados explícitamente por la norma concursal (Cámara 2ª Civil y Comercial, Córdoba, 15/10/97, L.L.C. 1998-395, en RIVERA, ROITMAN, VÍTOLO, *Ley de Concursos y Quiebras*, 3ª ed., t. III, pág. 254). El síndico no es un representante del fallido -como tampoco lo es de los acreedores ni de la masa de acreedores- el síndico es simplemente un funcionario del concurso (CNCom., Sala D, 30/6/95, "Lloyds Bank", DyE, N° 5, 291. El concurso ostenta una connotación publicística, la que determina que el síndico es un funcionario público (art. 275, ley 19.551) que obra en interés de la justicia como un órgano judicial actuante al lado del juez (CNCom., Sala D, 15/10/80, "Cía. de Construcciones Magdalena", E.D. 92, 385; idem, 14/8/81, "Maganor", L.L. 1981-D, 408; idem 22/7/81, "Tasat", L.L. 1981-D, 128; idem 22/7/80, "Cía. Aceitera Argentina", L.L. 1989-D, 339; idem, 14/9/81, "Devicon", E.D. 97.717; idem Sala C, 27/6/96, "Sanatorio Liniers", L.L. 1987-C, 985; idem Sala A, 10/9/91, "Cavifre", I, 1992-A, 94; CNCom., Sala

deudor, sino un funcionario, y sus funciones de sustitución de las facultades del deudor las obtiene precisamente de su carácter de funcionario. La Corte Suprema le había negado la posibilidad de legitimación en Argentina en razón de su carácter de funcionario. Pero: ¿cuál sería la situación del inmueble en Argentina frente a este planteo? El bien se hallaba inscripto en los registros argentinos a nombre de “Panair”, con lo que sólo podría disponerse del mismo por el propio deudor o su representante. De lo contrario se lo sacaría del comercio, ya que la venta no hubiera sido posible. La solución fue extrema, pero justa.

*La protección al inmigrante endeudado y la liquidación de sociedades*

- Otra enseñanza de “Panair” es que la interpretación del art. 7º de la ley 11.719 es inadecuada a nuestros tiempos, como lo demuestra la can-

---

B, 3/4/98, “Etienne”, E.D. 181-178). Es un funcionario de la quiebra subordinado al juez a los fines ejecutivos del concurso (C.S.J. Buenos Aires, 21/4/98, “Monte Paco”, SAIJ B0024542); sus funciones se ejercen en interés de la ley: no representa sino que cumple con sus obligaciones impuestas en la órbita de su competencia legal (idem, 30/4/03, “Banco Credicoop c/ Valman”, SAIJ B26707/B26708). El síndico es órgano del concurso, así que cuando actúa, en ejercicio de las funciones que la ley le atribuye, los efectos de sus actos operan directamente frente al concurso. En rigor, es éste el que ha actuado, a través de su órgano que es la sindicatura (Cám. 3ª Civil y Comercial Córdoba, 12/10/88, “Hermida”, SAIJ). *Para Brasil bajo la vigencia de la ley de 1945 vigente al momento del fallo “Panair”*: Rubens REQUIAO, *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1982, t. I, pág. 212, Nº 194: “No direito brasileiro os juristas tambem nao coincidem nas suas concepções: Carvalho de Mondonca o considera orgao da massa dos credores, enquanto Otávio Méndez exclui a conceituacao como mandatario comum, considerando-o mandatario judiciário; Miranda Valverde nele vé um órgão ou auxiliar da justica, criado a bem do interesse público e para a consecucão da finalidade do processo da falencia. Para esse jurista, age ele por direito proprio e em seu nome, no cumprimento dos deveres que a lei lhe impoe. Exerce as suas funcoes de um cargo especialmente criado pela lei que organiza um processo judicial de execucao falimentar. Nao é, entretanto, um funcionário público, embora seja a este equiparado para os efeitos penais. Assim também pensamos”. Rubens SANTANA, *Falencias e Concordatas*, 5ª ed, Aide, 1985/88, pág. 94: “Os síndicos, na realidade, nao representam ninguém, pois podem afgr pró ou contra o falido ou os credores. Agim tao-somente en funcao dos deveres que lhes sao impostor pela lei”. Amador PAES DE ALMEIDA, *Curso de Falencia e Concordata*, 8ª ed., Saraiva, 1988, pág. 222: “O síndico, como bem observou Miranda Valverde, nao é um simples representante do falido, mas um órgão ou agente auxiliar da justica”.

tividad de países que han adoptado la Ley Modelo. El art. 4º de la ley 24.522 (similar en este aspecto al art. 7º de la ley 11.719)<sup>20</sup> que aplicó la Corte en el caso “Panair” veda el acceso del síndico extranjero. La cita del art. 7º impone el siguiente argumento jurídico: la norma prescribe que no se pueden anular<sup>21</sup> los actos que haya celebrado el concursado en la Argentina. Ergo: el deudor no está en quiebra en la Argentina, pese a haber sido declarado en quiebra en el extranjero. Y si el deudor no está en quiebra aquí, entonces no se pueden hacer valer las facultades de sustitución que la ley extranjera asigna al síndico. El deudor no está desapoderado en la Argentina y no hay un síndico que lo sustituya. Esta construcción es válida para las personas físicas, pero se muestra endeble respecto de las personas jurídicas.

- Podría sostenerse que la prohibición de reconocimiento de la quiebra extranjera en la Argentina es una disposición de orden público *para proteger a los acreedores* pagaderos en la Argentina<sup>22</sup>. De manera,

---

<sup>20</sup>La norma mantiene sustancialmente su redacción desde el primer Código de Comercio: El texto de la ley N° 15 (Código de Comercio) de 1862 (art. 1531) prescribía: “La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en el Estado, ni para disputarles los derechos que pretenden tener sobre los bienes existentes dentro del territorio; ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido”. La norma era ya criticada bajo la vigencia de la ley 11.719: FRANCISCO ORIONE, *Exposición y crítica de la Ley de Quiebras*, El Ateneo, 1934, p. 23, N° 11, comentando la entonces nueva ley 11.719, critica que se haya mantenido el sistema de la ley 4.156 en esta área, entendiendo que no cabe encontrarle justificativo, y que importa un menoscabo para el buen nombre de nuestro país.

<sup>21</sup>En la terminología actual sería ineficacia y no nulidad, pero sobre los efectos de la “nulidad” del art. 7º, ley 11.719 no existen diferencias con los criterios actuales. No obstante, se mantiene su redacción al día de hoy, continuidad que puede ser claramente interpretada como la voluntad tradicional del legislador argentino.

<sup>22</sup>En Manuel OBARRIO, *Estudio sobre las quiebras*, Buenos Aires, Lajouane, 1895, pág. 27, N° 30, se manifiesta porque la prescripción del art. 1531 ha sido establecida por la ley en protección de los acreedores existentes en el territorio de la República. Concluye que “los acreedores del concurso extranjero o sus representantes, no podrían gestionar tampoco, fundados en la declaración de quiebra hecha en Francia, la nulidad de contratos o de actos jurídicos celebrados en la República por el fallido”. María Elsa UZAL, *Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 542, entiende, en las mismas líneas que Obarrio, cit. más arriba, que no habiendo acreedores locales (pagaderos en el país) debe admitirse el principio de la unidad -lo que significa dar acceso al síndico extranjero-. La norma estaría fundada en la

que en ausencia de acreedores pagaderos en la Argentina -a ser descubiertos mediante un procedimiento de verificación- el síndico extranjero podría actuar. Pero esta interpretación importaría ignorar el último apartado del primer párrafo del art. 4º ley 24.522, en cuanto prescribe que la quiebra declarada en el extranjero no puede ser utilizada para “anular los actos que el deudor hubiere realizado” aquí con acreedores pagaderos en la Argentina. Estos actos pueden ser realizados incluso después que el síndico extranjero hubiere comparecido ante el juez argentino. Ello significa claramente que no está desapoderado en la Argentina, ya que los actos que realiza no pueden ser declarados ineficaces.

- Pero además, podría sostenerse que en un país de inmigración como era la Argentina, era posible que quienes vinieran aquí lo hicieran movidos por el fracaso económico en su país de origen, y que la protección de la ley argentina los pusiera a cubierto de los efectos de ese fracaso: la quiebra. De allí que la vida económica que comenzaran de nuevo en nuestro país lo fuera a cubierto de la quiebra extranjera, que no podría perseguirlos en nuestro territorio, donde podrían comenzar “a nuevo”. También la disposición legal se propondría proteger al deudor, y no solamente a los acreedores.

- Pero creo también que hay una especificación que realizar a ese argumento. En efecto, este argumento es válido sólo para las personas físicas, no para las personas jurídicas. Éstas no requieren la protección de la ley argentina, ni un comienzo “a nuevo”.

La interpretación de *lege lata* que propongo del art. 4º de la ley 24.522 determina que los efectos de la quiebra declarada en el extranjero respecto de las personas físicas no producirán efectos en la República Argentina. Ello aventaría asimismo las inhabilitaciones de la quiebra extranjera respecto de los administradores radicados en nuestro país. Todos los demás efectos de la quiebra declarada en el extranjero a una persona jurídica no serán captados por la norma del art. 4º citado.

¿Cómo se lograría esto? Creo que el camino que siguió la Cámara de Apelaciones en el caso “Panair”, al considerar al síndico extranjero como un representante del deudor no fue ajustado a derecho, como lo sostuvo-

---

protección a los acreedores. Ver las soluciones que propone en pág. 543, las que difieren de las que se propone en este trabajo.

ra más arriba. Pero creo también que apuntaba en la dirección correcta, aunque utilizando un camino equivocado. Creo que podría llegarse al mismo resultado considerando que la quiebra de una sociedad anónima importa también una disposición que ordena su liquidación. En consecuencia, lo que debía reconocer el derecho argentino era el carácter de liquidador de la sociedad<sup>23</sup> y no el carácter de representante del deudor (carácter éste admitido por el fallo de la Cámara en el caso “Panair”). No hay desapoderamiento del deudor, sino solamente un procedimiento de liquidación. Así, se escaparía a la prohibición del art. 7° de la ley 11.719 (actual art. 4° ley 24.522).

El resultado de esta teoría es que en el caso de liquidación de sociedades por quiebra, el acceso del liquidador puede ser admitido, lo que no ocurriría en el caso de quiebra de personas físicas. Obviamente, el nombramiento del liquidador debe ser inscripto en el registro correspondiente.

De esta manera, se mantendría el texto del actual art. 4° de la ley 24.522, vedando el acceso al síndico de la quiebra de una persona física, pero se admitiría la legitimación del liquidador de una persona jurídica.

Se mantendría también así la tradición del art. 4° mencionado, ya que a la introducción de la norma en el Código de Vélez Sársfield y Acevedo de 1862, se reiteró el texto en las reformas de 1889, 1902, 1933, 1972, 1983 y 1995. ¿Cómo negar que esa ha sido la intención del legislador durante 150 años? Con la interpretación que se propicia, no habría una ruptura con esa concepción tan reiterada.

(a) La Ley Modelo de UNCITRAL no contempla esta distinción entre los efectos respecto de las personas físicas y las personas jurídicas en cuanto a los efectos de la quiebra declarada en el extranjero, tratando a ambas en un pie de igualdad, lo cual afectaría el orden público interno de nuestro país.

---

<sup>23</sup> Esta interpretación estaría en clara consonancia con el derecho brasileiro vigente aplicable al caso: El Código Civil de Brasil (ley 10.406 del 10 de enero de 2002) en materia de sociedades anónimas refiere (art. 1089) a la ley especial de la materia, que es la ley 6404/1976 de sociedades por acciones. La ley 6404 prescribe (art. 206, par. II (b)) que la sociedad se disuelve por decisión judicial en caso de “falencia” (quiebra), en la forma prevista por la respectiva ley. El art. 211 prescribe que compete al liquidador (“liquidante”) representar a la compañía y practicar todos los actos necesarios para la liquidación, inclusive la venta de bienes muebles e inmuebles, transigir, recibir y otorgar recibos.

Se propone entonces que se realice esta modificación a la Ley Modelo, prescribiendo que “ningún efecto de la quiebra extranjera será oponible a las personas físicas con domicilio en la República Argentina”. Será esa una visión más actual del derecho interno argentino en el área, sin renuncia alguna a la tradición.

*La cuestión de los privilegios en los procedimientos derivados*

*El caso inglés “McGrath v. Riddell” (Cámara de los Lores [2008] UKHL 21*

Se analizarán aquí las dificultades que presenta un sistema de derecho interno donde -pese a aceptarse la cooperación judicial plena con los jueces de quiebra extranjeros, y la existencia de un procedimiento aplicable al caso- no se prescribe en forma expresa el régimen aplicable a los privilegios a aplicar.

A diferencia del derecho inglés, en el caso de los Tratados de Montevideo, la cuestión de los privilegios otorgados por los derechos reales se resuelve en forma expresa: los acreedores hipotecarios y prendarios anteriores a la fecha definitiva de la cesación de pagos, pueden ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde estén radicados los bienes otorgados en garantía <sup>24</sup>. Con respecto a los restantes privilegios, el Tratado de 1889 <sup>25</sup> estatuye que los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la declaración de ésta, se respetarán, aun en el caso en que los bienes sobre los que recaiga el privilegio se transporten a otro territorio. El Tratado de 1940 sigue un sistema distinto: en el caso de quiebra única, los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización <sup>26</sup>.

Pero volvamos al caso inglés en cuyo derecho interno tales reglas no existen. El caso refería a la quiebra de un grupo de compañías de seguros australianas (“HIH”), que había solicitado y obtenido la apertura de

---

<sup>24</sup> Arts. 50, Tratado de 1940, y 44, Tratado de 1889, art. 43.

<sup>25</sup> Art. 44.

<sup>26</sup> Art. 48.

un procedimiento concursal en Nueva Gales del Sur, Australia <sup>27</sup>. Debe destacarse que tratándose de una compañía de seguros no era aplicable al caso ni UNCITRAL ni el Reglamento del Consejo de Europa -excluidas las aseguradoras en ambos- pese a que Inglaterra ha adoptado la Ley Modelo y es parte del Reglamento. Se aplicó el derecho interno inglés. Existían unos importantes créditos contra compañías de reaseguros en Inglaterra. Para proteger estos créditos, el tribunal inglés había nombrado “administradores provisionales” ingleses de HIH de conformidad con las normas en materia de colaboración judicial internacional del *common law*. El juez australiano solicitó luego que los “administradores provisionales” remitieran los fondos percibidos -después de cubiertos los gastos- al procedimiento australiano.

El hecho de que la distribución de los fondos percibidos fuera realizada en Inglaterra conforme a las leyes inglesas, o en Australia conforme a las leyes australianas, llevaba a dos soluciones totalmente distintas, ya que el régimen de privilegios de las leyes de seguros de ambos países diferían profundamente. Ello derivaba de que algunos acreedores cobraban en el procedimiento inglés pero no en el australiano y viceversa. De manera que la cuestión sobre cuál sería la ley aplicable al caso se tornó de especial importancia.

El juez de primera instancia (David Richards) entendió que sus funciones no admitían que se entregara el producido de las cobranzas a los administradores australianos, ya que la ley australiana no reconocía el derecho de los acreedores a cobrar “*pari passu*” en el caso de las compañías de seguros, y les concedía privilegios de cobro. La Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de apelación interpuesto por los perjudicados. El precedente citado fue “*in re Bank of Credit and Commerce International S.A.*” Nº 10) [1997] Ch 213, donde se había establecido que en materia de privilegios los jueces ingleses debían aplicar derecho inglés.

Uno de los jueces de la Cámara de los Lores, lord Scott, sostuvo que no debían remitirse los fondos a los síndicos australianos, hasta tanto no se asegurara plenamente que los acreedores ingleses fueran pagados en la distribución conforme a las leyes inglesas. El juez inglés -sostuvo- no

---

<sup>27</sup> El caso tiene más complicaciones, ya que había otro procedimiento en Luxemburgo, pero se simplifica a los fines de una mayor claridad en la exposición.

puede evadir la protección que debe brindar a los acreedores ingleses que invocan el derecho inglés.

Otro de los jueces de la Cámara de los Lores, lord Hoffman, sostuvo que la distribución no tenía por qué ser realizada conforme al derecho inglés. Lo que tenía que hacer el juez inglés era remitir los fondos al síndico extranjero y que éste los distribuyera conforme al derecho del procedimiento principal. Una vez que juez inglés ha llegado a la conclusión de que la jurisdicción principal le corresponde al juez australiano, ello implica todas las consecuencias principales de esta decisión, incluyendo la de los privilegios. Lord Hoffman entiende que la pauta dorada que recorre el derecho inglés de la insolvencia en materia internacional desde el siglo XVIII, es el principio de la “universalidad modificada”. Este principio sostiene que los tribunales ingleses deben prestar la colaboración que requieran los jueces de los países donde radican los procedimientos concursales principales y que esto incluye que la distribución sea realizada bajo un régimen único de privilegios. Lord Hoffman se hace cargo del argumento de que la quiebra principal podría haber estado tramitando en una isla de conveniencia donde no exista conexión con los negocios de la fallida, pero que éste no era el caso, ya que estaba convencido de que las compañías eran efectivamente australianas.

Lord Phillips, lord Walker y lord Neuberger estuvieron de acuerdo con lord Hoffman: los fondos se remitieron a Australia.

*Enseñanzas de “McGrath”.* Veamos ahora nuevamente la cuestión de los administradores y abogados en el caso uruguayo “Mefima” arriba comentado, a la luz de la disidencia del lord Scott en el caso inglés “McGrath”. ¿Hubieran debido los jueces uruguayos otorgar la protección de las leyes uruguayas a los acreedores nacidos durante el trámite del exhorto que se habían desempeñado en su territorio (administradores y abogados). La Corte Suprema de Justicia de Uruguay sugiere esto en cuanto sostuvo que la regulación de honorarios de los administradores y abogados uruguayos debía hacerse por el juez argentino pero conforme con el arancel de la República del Uruguay.

- Estimo que a los fines de una adecuada reglamentación de un procedimiento “derivado” en una quiebra internacional, la regla a establecer sería que “el juez que interviene en el procedimiento derivado debe aplicar el derecho local a las relaciones jurídicas nacidas en el trámite de dicho procedimiento derivado”.

*c. La “Section” 304 del “Bankruptcy Code” de EE.UU. y su influencia en el derecho posterior*

No puede dejar de mencionarse en este contexto el antecedente de las disposiciones de la Sección. 304 del U.S. Bankruptcy Code sobre el “*ancillary proceeding*”<sup>28</sup>. En efecto, la ley estadounidense -actualmente rigen también las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL que EE.UU. adoptó en 2005- prevé: a) El reconocimiento de la sentencia de concurso extranjero, y del acceso del “representante” extranjero sin necesidad de abrir un concurso en EE.UU. ni nombrar un administrador norteamericano; b) La posibilidad de suspender acciones contra el deudor con efecto sobre bienes del mismo en EE.UU.; c) La posibilidad de entregar los bienes de propiedad del fallido al representante extranjero.

Deben destacarse dos exigencias para el “reconocimiento” y el “acceso” en la Sect. 304: a) La necesidad de que la ley del país que abrió el concurso contemple la rehabilitación del deudor; y b) Que en la ley del país extranjero se respeten “en sustancia” los privilegios establecidos por la ley de EE.UU.<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Incluido en la ley de 1978, a iniciativa del profesor Stephen Riesenfeld, profesor de la Universidad de California, Berkeley. El reconocimiento limitado de la universalidad fue una iniciativa unilateral de la ley estadounidense, que no requería reciprocidad.

<sup>29</sup> Tampoco puede dejar de mencionarse en este contexto el caso “*In re Board of Directors of Telecom Argentina S.A.*” [528 F.3d 162 (2d Cir. 2008)] en el cual la sociedad argentina Telecom pidió ante el juez concursal del Circuito 2 de Nueva Cork el reconocimiento del acuerdo logrado en el trámite de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) obtenido ante el juez nacional de comercio de Buenos Aires el 26 de mayo de 2005, que incluía quitas y esperas. Un acreedor norteamericano (Argo Fund) objetó el pedido de reconocimiento, que haría obligatorio los términos del APE argentino en el territorio de los EE.UU., incluyendo la novación de la deuda anterior. El trámite de reconocimiento se hizo bajo los términos de la Sect. 304 del “Bankruptcy Code”. El juez del Distrito Sur de N.Y. y la Cámara del Circuito 2 hicieron lugar al pedido de reconocimiento.

### 3. Los procedimientos “derivados” (“ancillary procedures”) de un procedimiento de insolvencia extranjera en la Ley Modelo de UNCITRAL 1997

La Ley Modelo de UNCITRAL no prevé la tramitación de un procedimiento “derivado” como autónomo del reconocimiento de la sentencia de quiebra extranjera. Un síndico extranjero no podrá actuar ante un tribunal local sin pedir previamente el reconocimiento de la sentencia de quiebra extranjera. Una vez reconocida la quiebra extranjera, se producen todos los efectos de ésta: suspensión de acciones individuales de los acreedores, desapoderamiento, acciones de ineficacia, inhabilitación, etc., lo que en determinados casos, puede ser innecesario y costoso, como se analizó más arriba.

En EE.UU., que ha incorporado la Ley Modelo de UNCITRAL como su propio derecho interno (Capítulo 15 del Código de Bancarrotas), se ha interpretado que el procedimiento “derivado” (*ancillary*) ha subsistido y sigue siendo parte importante del derecho internacional privado de fuente interna norteamericano, coexistiendo con el procedimiento “paralelo” (la ley estadounidense lo llama “concurrente”) <sup>30</sup>.

Art. 21, UNCITRAL: Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero.

*Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal* <sup>31</sup> de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores), el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar una medida apropiada, incluidas las siguientes:

*Liquidación:* 21, inc. 1, e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado.

---

<sup>30</sup> La jurisprudencia elaborada en EE.UU. anterior a la reforma de 2005, en que se adoptó la Ley Modelo de UNCITRAL, sigue vigente después de dicha reforma (WARREN-WESTBROOK, *The Law of Debtors and Creditors*, 6<sup>th</sup> ed., 2009, pág. 854).

<sup>31</sup> Art. 2º, UNCITRAL: un *procedimiento extranjero* es “principal” cuando es abierto en el país donde el deudor tiene el “centro de sus principales intereses”; y es “no principal” cuando el procedimiento concursal ha sido abierto en un país donde el deudor no tiene el centro principal de sus intereses pero sí un “establecimiento”,

*Distribución:* 21, inc. 2. A partir del reconocimiento del procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

*El juez competente en UNCITRAL:* es el juez local: “Las funciones a las que se refiere la presente ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros, serán ejercidas por el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones” (art. 4º).

*La ley aplicable en UNCITRAL:* En esta materia la Ley Modelo guarda silencio. La cuestión atinente a los derechos reales y la posibilidad de incluir una norma de conflicto de leyes referente a éstos en una quiebra internacional fue materia de discusión en el Grupo de Trabajo que analizó la cuestión en su sesión del 1º al 12 de abril de 1996. Allí se resolvió que no convenía incluir disposición alguna al respecto, atento el carácter imperativo de estas normas, lo que tornaría estéril el diseño de una norma especial <sup>32</sup>.

#### *a. Los procedimientos “derivados” en el Reglamento del Consejo de la Unión Europea*

En este aspecto, el Reglamento del Consejo de la Unión Europea es superior a UNCITRAL, en cuanto prevé expresamente la existencia de “procedimientos paralelos” en los cuales, en razón de la existencia de una

---

<sup>32</sup> “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia” (Nueva York, 1º al 12 de abril de 1996, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, A/CN.9/422, 25 de abril de 1996). El Tratado de Montevideo de 1940, art. 43, prescribe: “Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios anteriores a la declaración de la misma, podrán ejercer sus derechos ante los tribunales del país en que están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda”.

norma general contenida en el Reglamento, es posible el “acceso” de un síndico extranjero, sin necesidad de peticionar previamente el “reconocimiento” de la sentencia de quiebra en la que fue designado.

La norma al respecto está consignada en el Reglamento en el *Art. 18*: inc. 1) El Síndico designado por un tribunal competente en virtud del apartado 1 del artículo 3 [sólo para el síndico de un procedimiento - de liquidación- principal, donde se sitúa el centro de los principales del deudor], podrá ejercer en el territorio de otro Estado miembro todos los poderes que le hayan sido conferidos por la Ley del Estado en el que se haya abierto el procedimiento, en la medida en que no haya sido abierto ningún otro procedimiento de insolvencia o adoptada ninguna medida cautelar contraria como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado. En especial, podrá trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro que se encuentren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7. Inc. 3) El síndico deberá respetar en el ejercicio de sus poderes, la Ley del Estado miembro en cuyo territorio quiera actuar, en particular, en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes. Dichos poderes no incluyen el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias.

## Conclusiones

A. En el ámbito de los países que han adoptado los Tratados de Montevideo, la tramitación de un procedimiento “derivado” es posible por cuanto los arts. 49 (Tratado de 1940) y 45 (Tratado de 1889), prescriben que la autoridad de los síndicos será reconocida en todos los Estados. No obstante, en la interpretación del derecho aplicable al procedimiento “derivado” debe apartarse de las conclusiones a las que se arribaron en el caso “Mefima”, aplicando la ley local a todos los créditos nacidos con relación a la tramitación del procedimiento “derivado”. Las disposiciones a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 relativos a la quiebra internacional han presentado así algunas dificultades en materia de regulación de procedimientos “derivados”, específicamente con relación a los créditos nacidos con motivo de la tramitación de los mismos, que convendría resolver mediante una disposición específica: los créditos derivados de la

tramitación de los procedimientos de quiebra extranjeros -cuando no exista una segunda quiebra local- deberán ser sometidos a la ley local y pagados con los fondos provenientes de la liquidación de los bienes existentes en el país del procedimiento, antes de remitir los fondos al país de la quiebra.

B. En el caso en que se resolviera adoptar las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL, ello debería serlo con el agregado de establecer normas específicas respecto de “procedimientos derivados”, tomando como modelo para ello al Reglamento del Consejo de la Unión Europea. Este procedimiento “derivado” tendría estas características:

- a) Sería aplicable sólo como “derivación” de los procedimientos extranjeros de liquidación.
- b) Brindaría un “acceso pleno” al síndico extranjero.
- c) Importaría un “reconocimiento limitado” de la sentencia de quiebra extranjera. La limitación estaría dada por el requerimiento que formule el síndico extranjero. El síndico extranjero, por otra parte, podría directamente pedir el reconocimiento pleno de la sentencia de quiebra extranjera.
- d) Establecería un derecho de cobro preferente para los acreedores por créditos que han nacido con motivo del procedimiento “derivado” sobre el producido de la liquidación de los bienes existentes en el país. Estos créditos deberán ser sometidos a la ley local y pagados antes de que los fondos sean sacados del país.

C. a) Estimo que una interpretación actual de *lege lata* del art. 4º de la ley 24.522 (con la excepción de lo dispuesto en los Tratados de Montevideo) permite especificar entre la quiebra declarada en el extranjero a personas jurídicas y físicas; y que la protección que brinda el citado art. 4º -atento los antecedentes- sólo se justifica para las personas físicas, pero no respecto a las personas jurídicas. Ello puede lograrse interpretando que la designación de un síndico en un procedimiento de liquidación (quiebra) de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada en un país no integrante de los países integrantes de los Tratados de Montevideo es un liquidador de la sociedad y no solamente un funcionario de la quiebra. Ello derivaría en la posibilidad de tener legitimación para actuar sobre los bienes del deudor en nuestro país sin necesidad de recurrir al “acceso” como síndico extranjero. Sería el liquidador actuando sobre los bienes de la

sociedad. El efecto de esta construcción deriva en que la prohibición del art. 4° de la ley 24.522 se limitaría a las quiebras de las personas físicas.

b) Se propone entonces que se realice una modificación a este mismo efecto en la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL, prescribiendo que “ningún efecto de la quiebra extranjera sea oponible a las personas físicas con domicilio en la República Argentina”.

D. A tales fines podrían introducirse estas cuestiones en:

- Un Protocolo del Tratado del MERCOSUR;
- Una norma de derecho interno. En este caso, podría establecerse una lista de los países cuyos procedimientos concursales se reconocerían y cuyos síndicos podrían tener acceso. El fantasma de los paraísos fiscales no puede ser desconocido.



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN  
VILLA MERCEDES (SAN LUIS),  
DR. RAÚL EDUARDO BERTRÉS \*

*Palabras de presentación por parte del señor académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés*

Señor presidente de la Academia, Dr. Palmero, señores académicos de número, familiares del Dr. Bertrés, público presente, señoras, señores:

Difícil problema para mí, que en la vida he tenido poca relación con el Dr. Bertrés, por la distancia cronológica que nos separa, hacerme cargo de su presentación. Aquí están presentes académicos, como el Dr. Haro, que por distintas causas han tenido relaciones con él y con su padre, y hubiera sido más adecuado confiarles esta tarea.

El Dr. Ricardo Haro no solamente conoció al padre de nuestro nuevo académico correspondiente, sino que también lo conoció a él, cuando era estudiante y lo tuvo como alumno.

Difícil, pues, resulta para quien solamente recién en los últimos años ha podido tener escasos contactos con el nuevo académico correspondiente, en actividades propias de esta Academia, por ejemplo, en el transcurso de este año, cuando nacieron las secretarías San Luis y Mercedes, del Instituto que tiene la Academia en la Región Cuyo, oportunidad en que acompañé al señor presidente a los actos que con tal motivo se efectuaron en San Luis.

El señor secretario técnico de la Academia ha leído la resolución por la cual se lo designaba miembro correspondiente, en la que se detalla su curriculum.

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 11 de octubre de 2011.

Vemos así que el nuevo académico nació en Córdoba, un 1° de enero, fecha auspiciosa para comenzar una vida junto con la apertura de un nuevo año calendario. Y, cosa curiosa, esa fecha lo vincula con queridos amigos, uno de ellos también correspondiente de nuestra Academia y el otro que recibiera la distinción de “Maestro del Derecho”, la más alta que otorga nuestra corporación, a quien le rendí homenaje en Tucumán hace pocos días, en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Dn. Fernando López de Zavalía. También, como decía, es nacido un 1° de enero el presidente de la Academia de Galicia, Dn. José Antonio García Caridad, que presidió la hermosa reunión que fue el Congreso de las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia, realizado en La Coruña hace precisamente un año.

Puedo pues decirle: ¡Mira tú las personas con quien compartes el día de nacimiento!

Nacido Bertrés en 1950 llega a la Academia en plena madurez; está en la etapa de la vida en que más rendimiento puede obtenerse y ustedes ven cómo esta madurez se ha reflejado en libros, trabajos monográficos, actividad docente, que es todo lo que ha dado cuenta el señor secretario al leer el decreto por el cual se aprobó su designación como miembro correspondiente.

Ha tenido como profesor en los cursos de doctorado a un académico nuestro de relevancia, como es Mosset Iturraspe con quien realizó los estudios de doctorado en Santa Fe, en la Universidad del Litoral.

Es un mérito grande el seguir estudios de posgrado a distancia, porque en Villa Mercedes, donde se encuentra radicado, no existen instituciones universitarias con cursos de doctorado, que permitan profundizar esos estudios. Significa un gran esfuerzo para quienes viven en lugares que, aunque en fecha reciente han creado casas de estudios superiores, no cuentan todavía con cursos de especialización y profundización en nuestras materias. Sin embargo, ha realizado ese esfuerzo preparatorio que hoy está dando sus frutos formando gente en esas casas.

Desde la provincia de San Luis un cordobés que comparte con Bertrés las tareas de magistratura y docencia, el doctor Cerato, ha hecho llegar una nota de felicitación y adhesión; nota que pudo ser leída por el señor secretario, ya que en ella expresa su complacencia al ver cómo de esos lugares lejanos se puede llegar con dedicación y esfuerzo a compartir la labor que realiza nuestra Academia, tratando de sembrar cultura en todo el país.

Esa vinculación de San Luis con nuestra Academia -permítanme que excede salir un poco lo que normalmente es la presentación de un nuevo académico- diría que nace desde hace mucho, con el patrono de nuestra Academia.

Ustedes deben recordar que una hermana de Dalmacio Vélez Sársfield se casó con alguien de San Luis, nacido en la localidad de Renca, José Santos Ortiz, que fue el primer gobernador de la provincia hermana. Y la primera actuación pública de Dn. Dalmacio fue representar como diputado a San Luis, en el Congreso de Rivadavia, que culminó con la Constitución de 1826. Este hecho pone de relieve la estrecha vinculación que ha tenido el patrono de nuestra Academia con la provincia de San Luis.

Mucho tiempo después, cuando Vélez redacta su Código Civil, uno de los primeros comentaristas y exégetas del Código es un hombre de San Luis que había estudiado en Córdoba, me refiero a Baldomero Llerena; estos hechos demuestran que la provincia de San Luis ha estado siempre muy cerca de las inquietudes del patrono de nuestra Academia.

*Palabras de agradecimiento del Dr. Raúl E. Bertrés*

Antes de comenzar a tratar el tema que nos convoca, debo agradecer a la comisión directiva de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, al presidente de la misma Dr. Juan Carlos Palmero, al presidente de las Academias de Derecho de Iberoamérica Dr. Luis Moiset de Espanés, al director del Instituto Región Cuyo, Dr. Pascual Eduardo Alferillo y demás autoridades y al público presente.

Todos han sido muy generosos al hacer realidad y acompañar mi ingreso a la Academia.

No está de más destacar otro elemento o causa que facilitó esta circunstancia, cual es la política institucional que ha encarnado la Academia con gran sentido federalista.

Asimismo con esta circunstancia he hecho realidad mi ingreso al ámbito de mayor excelencia científica con mayor espíritu federalista en el área del derecho en nuestro país.

Para mí es muy importante y gratificante pertenecer a la Academia.



# RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO, SUS FUENTES. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO \*

por RAÚL E. BERTRÉS

**SUMARIO:** Planteo del problema. Resumen. I. Cuestión previa. a. Visión del ordenamiento jurídico. b. Macrosistema. c. Valores. d. Consecuencias. e. Distintas fuentes. II. Epistemología de Tomas Khun. a. Constitución de la ciencia normal. b. Revolución científica. III. La aplicación en el ordenamiento jurídico. IV. Ideas y creencias. Ortega y Gasset. V. Relación del derecho público y el derecho privado. a. Constitución Nacional 1853-1860. b. Diferencia de fuentes entre ambos derechos. c. El Código Civil dentro del sistema jurídico argentino. d. Esencia del derecho. VI. Funciones del derecho. VII. Conclusión.

## **Planteo del problema**

En esta exposición trataremos de reflexionar sobre la situación de desencuentro en el sistema jurídico, entre el derecho constitucional y el derecho privado en nuestro país.

Ello constituye un problema que, como veremos, produce una falta de conformidad con la norma superior en las soluciones que se deben dar judicialmente, de cara a los problemas concretos que se nos presentan a los operadores del derecho.

En esta tarea propuesta, se nos suma un grado más de complejidad, al encontrar discordancia entre los valores y las normas, al momento de brindar respuestas a la realidad planteada.

---

\* Conferencia dictada el 11 de octubre de 2011.

## Resumen

Desarrollamos una explicación de la falta de correspondencia “sutil” entre el paradigma del derecho constitucional y el del sistema de derecho privado

Se intenta demostrar que los desajustes se deben al origen de los distintos paradigmas, que infunden sentido esencial a cada rama del derecho dentro del ordenamiento jurídico del país.

La práctica de lo urgente y precario, de antigua data en nuestro país, aleja cada vez más las soluciones legislativas de fondo, e impide la adecuación al paradigma constitucional vigente. Es nítido el alejamiento de éste, en los derechos de propiedad, referida a la producción agraria y a la vivienda urbana.

No está de más inventariar la realidad ganadera, manifestada en el hecho de que por medio de la intervención del Estado se ha producido como consecuencia la disminución del rodeo en millones de cabezas.

También con el afán de diversificar la producción de granos sólo se ha logrado la sojización del país. Con la intención de no vulnerar la protesta, se ha hecho añicos el derecho a transitar libremente, el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita entre los casos más recientes.

El paradigma constitucional en el ámbito de los valores ha sido vulnerado por leyes, actos judiciales y actos de la administración. El protagonismo del Estado, muchas veces no ha podido ser detenido ni arbitrado, afectando seriamente la esfera del individuo.

En un sistema jurídico privado equilibrado, debe estar presente la conjugación de los valores que inspiraron el paradigma constitucional; se debe, en consecuencia, redoblar el esfuerzo de conciliación entre ambos sistemas.

Hemos acotado la explicación a tres vías a saber: a) visión del ordenamiento jurídico, b) herramienta epistemológica, c) diferencia entre ideas y creencias como dato esencial de la construcción.

Ello no significa que no existan otros caminos para transitar en el análisis y estudio del problema, los que quedan para otro trabajo.

## I. Cuestión previa

### a. *Visión del ordenamiento jurídico*

Es necesario expresar qué entendemos por *ordenamiento jurídico*.

Depende de la actitud científica que tenga el investigador, será la significación del concepto y las conclusiones a que arribe (T. Khun, no hay neutralidad científica).

En ese orden de ideas, conceptualizamos al ordenamiento jurídico de nuestro país como: una totalidad jurídica, autosuficiente, con capacidad de reglar cualquier hecho o situación de modo coherente, cuyo único límite es el ejercicio de la soberanía.

Desde la visión trialista del jusnaturalismo, el ordenamiento jurídico se integra por tres elementos: normas, valores y realidad.

Debemos tener presente que el ordenamiento jurídico del país, constituye un *sistema* por el cual se integran y se influyen todas las ramas del derecho.

Al ordenamiento jurídico lo llamaremos *macrosistema*, por debajo del cual y como elementos que lo componen, nos encontramos con el Sistema de Derecho Público y el Sistema de Derecho Privado, de los que se desprenden respectivos subsistemas.

Por otro lado, ascendiendo en el esquema jerárquico, se ubica el suprasistema, integrado por normas de derecho internacional, con influencia positiva o negativa en el macrosistema de nuestro país.

### b. *Macrosistema*

Partimos de la base de que el ordenamiento jurídico de nuestro país conforma un macrosistema.

Debemos expresar de manera simple las reglas de coherencia que justifican la existencia de un sistema, tales son:

- Que las partes expliquen el todo, que lo justifiquen y sean coherentes.
- Que el todo explique las partes, las justifique y se encuentre en coherencia con ellas; caso contrario, se ingresa en disfunciones de validez y legitimidad, produciendo inseguridad y conflictos.
- Las partes se expliquen entre sí, debiendo ser armónicas no contradictorias y que se justifiquen recíprocamente.

Por otro lado, el orden jurídico del país se encuentra integrado por normas, principios generales del derecho y las costumbres, pese a la normativa del art. 17 C.C., juntamente con la moral, religión, creencias políticas y prácticas económicas.

### *c. Valores*

Es necesario destacar que el orden jurídico, desde el punto de vista axiológico se expresa en un equilibrio pacificado, producto de las siguientes tensiones de valores (A. Orgaz):

- Autoridad y Libertad
- Interés y Equidad
- Autonomía y Subordinación
- Espontaneidad y Coacción
- Violación y Sanción
- Derecho y Garantía
- Individualidad y Solidaridad
- Permanencia cambio y continuidad

La realización de estos valores, adecuados a la diferenciación individual, plasmados con visión de coordinación y cooperación recíproca, constituyen la base de la convivencia social.

Los ideales de renovación y tradición actúan en forma permanente y logran equilibrios no estables.

El sistema es el emergente de una situación histórica y social, no es pura coacción, sino que responde y va dirigida a una sociedad en un tiempo y un espacio determinado. Su finalidad es pasar de un régimen de dominación a un régimen de conciliación para lograr la paz colectiva.

El equilibrio de los valores apuntados en cada relación, produce también la conciliación del conjunto, que se encuentran en tensión y en duplas dentro del ordenamiento jurídico.

Como consecuencia, si por vía de reforma o incorporación de instituciones, modificamos el equilibrio de una tensión, esta afectación repercute en las demás. Si nos inclinamos a darle preferencia al valor autoridad disminuyendo el de la libertad, su efecto es que necesariamente cambia el equilibrio en el conjunto de los demás valores, dándole mayor protagonismo a la solidaridad en desmedro de la individualidad. Aumenta la coacción y disminuye la espontaneidad, se acota el interés y se acentúa la equidad y se pierde en autonomía para aumentar la subordinación, produciendo, en consecuencia, un nuevo diseño. La armonía del sistema nos informa la coherencia de éste, un punto de conciliación justifica a otro.

Ahora bien, la fuente de nuestro derecho público, es de matriz anglosajona y la del derecho privado, esencialmente de origen continental europeo; es decir, dos sistemas jurídicos esencialmente distintos que predicen valores diferentes.

Lo contradictorio es que ambas fuentes provenientes de distintos derechos se encuentran compartiendo un único macrosistema de derecho en el ordenamiento jurídico argentino.

#### *d. Consecuencias*

Las preguntas que nos podemos hacer ante esta situación son: ¿Existe la posibilidad de que sean coherentes y se justifiquen, adecuándose?; ¿Pueden coexistir cumpliendo los requisitos de un sistema tratándose de explicar el uno al otro, entre sí y a su vez ambos al orden normativo que conforman? ¿Se da la armonía de valores y en consecuencia se resuelven pacíficamente las tensiones?

La vida de nuestro país ha sido sembrada de contradicciones, entre otras: golpes de Estado con vigencia de la Constitución; producir nacionalizaciones con plena vigencia del art. 14 de la Constitución Nacional; transformación de los depósitos bancarios en títulos de la deuda pública; confiscación del valor del dinero a través de la ley de pesificación; haber declinado las provincias el cobro de impuestos propios de sus jurisdicciones a favor de la Nación. Intervenir en las transacciones de los particula-

res reelaborando imperativamente los contratos, no teniendo en cuenta los acuerdos previos a la pesificación que establecían cláusulas de seguridad de cumplimiento, invocando el orden público como excusa. Hablar de emergencia pública en períodos de más de diez años como es el ejemplo del impuesto a los bienes personales y al cheque; trazar el límite arbitrario de U\$S 70.000 para devolver los depósitos bancarios en dólares cuando se trató de solucionar judicialmente la crisis de la pesificación -año 2000 por la Corte Suprema de Justicia-. Aumentar alícuotas impositivas en forma sorpresiva creando falta de certeza en el sistema productivo sin tener facultad para ello, caso de las retenciones al campo referidos a la producción agrícola.

Todos estos casos, entre otros, afectan en forma grave los derechos de propiedad y libertad, base de nuestro sistema constitucional.

Esta intromisión que gira la preferencia a favor de otros valores como la autoridad en desmedro de la libertad, desplaza -como dijimos- el equilibrio de todo el sistema hacia una filosofía contraria al orden constitucional

#### *e. Distintas fuentes*

El derecho público constitucional y el derecho privado, están informados y nutridos por distintas fuentes que constituyen elecciones y actitudes al momento de resolver las tensiones de valores.

Esa diversidad de fuentes que hemos destacado y a las que nos estamos refiriendo, llevan a distintos puntos de conciliación que no son tales, generando contradicción dentro del macrosistema.

Con base en ello se infiere, sin tener que realizar mayor esfuerzo, que las soluciones que se proyecten van a ser distintas, de acuerdo al modelo que tomemos al incorporar leyes pertenecientes a otros sistemas, y ello será la base de los equilibrios posteriores

El problema es que al ser distintas las soluciones en el sistema de derecho privado, vamos a llegar a contradicciones que afectan de manera sutil o evidente el paradigma constitucional.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico, como todo sistema es jerárquico, en cuya cúspide se halla la Constitución Nacional, debiendo las normas de rango inferior adecuarse a ella, so pena ser declaradas inconstitucionales, excluidas del conjunto. Dejan de tener validez.

Desde el punto de vista lógico y de coherencia, son inaceptables las soluciones contradictorias brindadas por fuentes de signos diferentes, pues se crea inseguridad jurídica, desvirtuando el mandato *per se* que por naturaleza tiene el macrosistema.

## II. Epistemología de Tomas Khun

Hemos tomado a esta postura como una herramienta de trabajo que nos permite avanzar en nuestra propuesta. Lo podemos ubicar como un filósofo moderno con profundo énfasis sociologista.

Hacemos la salvedad de que este filósofo no reconoce a las ciencias sociales regidas por un paradigma, sino por la competencia de paradigmas rivales, los que son producto de los desacuerdos metodológicos y de contenido, desvalorizando su carácter científico.

Afirma que no existe un observador neutral, éste condiciona la observación; el científico ve lo que es significativo a la luz de su teoría, convirtiendo a ésta en forma estructurante de la experiencia.

Tampoco el fenómeno es neutro, se estructura en el momento de ser percibido, desde el marco conceptual de una teoría, y sólo dentro de ésta se lo considera observable, válido y digno de estudiarse y resolverse.

Estudia la estructura de las revoluciones científicas y las subdivide en diez etapas, agrupadas en dos grandes períodos:

- Ciencia normal

- Revolución científica

a. Primer Período: “Constitución de la ciencia normal”

- Confusión

Anarquía intelectual

- Logro

Resolución de un problema

- Conversión

Adhesión

- Aparición del paradigma    Convicción sin cuestionamiento

b. Segundo Período: “La revolución científica”

- Primeras anomalías

1° Malestar

- Las anomalías se acentúan

Crítica abierta al paradigma

- El paradigma entra en crisis

Nuevos horizontes

- Nuevo logro
- Nueva conversión
- Nuevo paradigma

Brevemente desarrollaremos los conceptos a fin de explicar la teoría.

#### *a. Constitución de la ciencia normal*

Consta de varios momentos. En el origen de cualquier ciencia que tratemos de estudiar, hallamos la etapa de **confusión**, cuya característica es un período de anarquía intelectual. Cada científico estudia el fenómeno por su lado, hay un individualismo nocivo y falta de comunicación. No hay progreso científico porque no hay acuerdo sobre las cuestiones fundamentales.

Después de esta etapa, con el transcurso del tiempo y la profundización de las investigaciones llega el momento del **logro**; un pensador o conjunto de ellos resuelven un determinado problema, se abre una nueva vía de acceso a la realidad. El denominado logro comienza a tener influencia cuando es comunicado a los demás.

Cuando el logro suscita un sentimiento de adhesión cada vez más general y todos adhieren por fe, desaparece la desunión del primer momento y los científicos se unen en torno al logro. Llega la **conversión**.

Luego, cuando el logro se dogmatiza se convierte en paradigma. Un paradigma es una construcción teórica de vasto alcance e influencia que opera como guía científica de la época en que surge. Se caracteriza por dos cualidades:

- a) Originalidad, su logro carecía de precedentes suficientes como para haber podido atraer a un grupo duradero de partidarias.
- b) Incompletividad, simultáneamente su logro era lo bastante incompleto, como para dejar muchos problemas no resueltos por los nuevos seguidores del paradigma.

Este primer período llamado de constitución de la Ciencia Normal se caracteriza por la aparición de un paradigma nacido de la investigación basada en una o más realizaciones, que la comunidad científica reconoce durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior.

### *b. Revolución científica*

Cuando aparecen ciertos desajustes o anomalías -al principio como un mero malestar imperceptible- se comienza a poner en tela de juicio el paradigma.

Aumenta el descontento y se critica el dogma. El paradigma aún no cae, pues está sostenido por intereses políticos, económicos sociales, psicológicos y de la propia comunidad científica.

Ataques abiertos al paradigma, se formulan críticas y se buscan nuevas líneas de investigación, que den cuenta de nuevos hechos y soluciones a los problemas, que el paradigma objetado no resuelve.

Como resultado de esta “nueva” búsqueda, se reinicia el ciclo con la renovación en el logro, la conversión y la aparición de otro paradigma estableciendo una nueva ciencia normal.

Debe destacarse que para este epistemólogo, lo que provoca la aparición de un paradigma es un enigma. Un enigma científico debe ser un problema solucionable y caracterizarse por tener varios modos de resolución asegurada, bajo la observancia de ciertas reglas para resolverlo, en cuyo defecto tambalea el paradigma.

La aparición de un nuevo paradigma lleva a un discontinuismo moderado en la marcha del progreso científico y produce como consecuencia que la historia de la ciencia no se dé por mera acumulación como tampoco lo es la aproximación a la verdad.

Se expone una nueva concepción del desarrollo de las ciencias que plantea la necesidad de revisar en profundidad los conceptos científicos en uso, su producción e impacto social, como así sus conexiones e implicancias filosóficas.

En consecuencia, no comparte la idea de la ciencia tradicional en el sentido de que la investigación es una larga marcha hacia la verdad, a través de un método que garantiza la objetividad y la neutralidad en la producción científica, como opinaban los positivistas lógicos.

Su teoría de los paradigmas acepta las rupturas y, en consecuencia, el comienzo de la investigación desde otro punto de vista. *Un paradigma establece un marco conceptual dentro del cual se desarrollará la investigación en un área determinada, iluminando a la comunidad científica para resolver los problemas.*

Continuando con el pensamiento de T. Khun, en los períodos normales la ciencia es acumulativa regida por un paradigma constituido por una constelación de creencias, valores, técnicas, métodos reglas y teorías compartidas por los miembros de una comunidad científica perteneciente a un determinado ambiente cultural.

La actividad científica consiste en ampliar el conocimiento de los hechos que el paradigma delimita como relevantes. Deben resolverse los enigmas como complejo de problemas conceptuales e instrumentales, para adecuar las predicciones del paradigma. Por lo tanto, se percibe a la ciencia como una acumulación de enigmas y soluciones.

En la revolución científica el desarrollo de la ciencia consiste en una sucesión de períodos de tradición eslabonados por rupturas no acumulativas, como fue la visión del mundo y las ciencias de Copérnico, que destruye el paradigma de Tolomeo y Aristóteles.

Ahora bien, para que se logre una revolución científica se debe dar una voluntaria toma de conciencia de que el paradigma ha dejado de funcionar adecuadamente.

Se tiene que vencer la resistencia de la comunidad científica en abandonar el viejo paradigma. Y en la lucha de las posiciones encontradas, entre los sostenedores del *statu-quo* y los que adhieren al cambio, se producirá el nacimiento de un nuevo paradigma.

Los paradigmas no son comparables (inconmensurable) y son formas incompatibles de ver, pensar y hacer en una comunidad científica en donde cada grupo trata de prevalecer.

Cuando surge un paradigma sólo existe el convencimiento en la adhesión de la comunidad científica por un tiempo determinado.

Es importante destacar que para T. Khun la comunidad científica está compuesta de practicantes de una especialidad que comparten una educación análoga y una misma bibliografía técnica, se ven a sí mismos y son vistos por otros como capaces de lograr objetivos que todos comparten. Dentro de los grupos la comunicación es completa y los juicios generalmente uniformes.

La revolución científica es un cambio radical y una reestructuración de los acuerdos de grupo dentro del sistema. El progreso no es acercamiento a la verdad, se da a través de las revoluciones científicas y tiende a disfrazarse de ciencia acumulativa.

Esta posición epistemológica se ve claramente en la revolución copernicana cuando se rompe el paradigma aristotélico. La Tierra no era ya el centro del universo, gira alrededor del Sol, del geocentrismo se pasa al heliocentrismo; ello tiene directas consecuencias en la concepción de los especialistas como que la Tierra se dejó de pensar plana y se concluyó que era redonda, que no terminaba en abismos, más allá de las columnas de Hércules y que navegando en un mismo sentido se volvía al mismo lugar.

### **III. La aplicación en el ordenamiento jurídico**

Adecuando el pensamiento de este epistemólogo al ordenamiento jurídico de nuestro país, podemos afirmar que cuando el Estado sanciona una constitución está adoptando un paradigma. Establece un marco conceptual que infunde la solución a los problemas planteados dentro del sistema operando como guía iluminadora.

La Constitución Nacional está en la cúspide del macrosistema y en función de paradigma explícita, los derechos y ramas jurídicas que se deben subordinar a sus prescripciones y filosofía, conformando los sistemas y microsistemas que componen el ordenamiento jurídico.

Cuando se sanciona la Constitución Nacional se inunda el ordenamiento jurídico con un conjunto de creencias y valores que se derraman y plasman en las normas pertenecientes a las distintas ramas del derecho, por el principio de subordinación a la Constitución. Este hecho constituye la adopción de un verdadero paradigma normativo que debe presidir todo el sistema y conforma el perfil de nuestra filiación como sociedad

De lo contrario, el macrosistema entra en contradicción, la falta de armonía dará como resultado la inseguridad jurídica y la destrucción de la paz social.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no está conformado exclusivamente por normas ni es puro derecho, si no cuenta la ley con una fuente nutriente que son los valores, ambos tienen vida en el marco de la realidad fáctica específica a la cual están asignados a tener vigencia.

En la medida que se introduzcan contradicciones, especialmente en el territorio de los valores, los ramas jurídicas o sistemas se irán alejando cada vez más del paradigma, hasta llegar a no compartir lo esencial. Las consecuencias de ello las hemos analizado en el punto anterior.

En la extensión, límites, competencia, contenido e interpretación de derechos y valores, tales como el de Propiedad y Libertad, existen dificultades para armonizar y adecuar a la Constitución, los sistemas de derecho pertenecientes al ordenamiento jurídico.

Las distintas respuestas interpretativas y los intentos de conciliación y coordinación han causado perplejidad y un esfuerzo inútil para justificar su pertenencia en el modelo constitucional.

En nuestra opinión, es claro que esa falta de armonía, deviene de las distintas fuentes que proveen de apoyo y justificación a la Constitución y a las que nutren al derecho privado.

Es tarea de los juristas proponer un proyecto de compatibilización que adecue al paradigma constitucional los sistemas integrantes del ordenamiento jurídico respetando la idiosincrasia de nuestro país.

#### **IV. Ideas y creencias. Ortega y Gasset**

En este tema seguimos la explicación que da el filósofo español a los conceptos, los que aplicamos en el desarrollo del presente trabajo.

Estas significaciones son esenciales cuando hablamos de valores que nutren normas jurídicas. Para que obren valores debe haber transcurso del tiempo y coincidencia en la comunidad en atribuirles utilidad y valía para observarlos, y producir -por ende- bienestar en la sociedad.

Es necesario que analicemos esta particular forma explicativa de la conducta del hombre, en su faz intelectual.

Al concepto de Ideas le asignamos el contenido de significación tradicional, es decir la imagen o representación que nos queda en el entendimiento. Es un conocimiento racional, una opinión o juicio formado sobre una persona o cosa.

Creencias son todas aquellas cosas con que absolutamente contamos aunque no pensemos en ellas. De puro estar seguros de que existen y de que son según creemos, nos comportamos teniéndolas en cuenta, nuestra vida está sentada sobre un enorme repertorio de creencias. Es el completo crédito que se presta como seguro o cierto.

Cuando tenemos dudas por no tener una creencia nos hacemos una idea u opinión sobre ella.

Las ideas son las cosas, que de manera conciente construimos y elaboramos, porque precisamente no creemos en ellas, dado que es el primer acto de entendimiento de una cosa. Comienza con la noticia, que luego se transforma en la imagen o representación del objeto percibido por el alma. Realidad auténtica. La idea nace de la duda y tiene un carácter ortopédico de las creencias. Mientras que las viejas ideas que se han consolidado se transforman en creencia. Actúan en nosotros sin que nos demos cuenta de ellas.

Cuando las ideas nos convencen decimos que es verdad. Por el contrario, las creencias son realidad automáticamente operativa. Lo distintivo es que las ideas las tenemos y en las creencias estamos.

Desde la creencia el hombre existe, se comporta y siente. Darse cuenta de una cosa sin contar con ella es una idea y contar con una cosa sin pensar en ella es una creencia.

Ahora bien, nosotros queremos aplicar estos conceptos y de allí explicar el derecho.

El derecho es un macrosistema normativo que ordena las conductas de los integrantes de una comunidad a los fines del logro de la paz social y la convivencia armónica.

A su vez, el derecho es ley que se asienta en valores, predicados en una sociedad determinada, por considerarlos valiosos y percibidos como útiles. De esta manera se nutre al derecho para que no se limite a ser mera norma. Por ende, se debe operar en el territorio de las creencias. Es decir, la norma jurídica no puede tener la inestabilidad de una idea, ni puede ser objeto de opinión o debate irrestricto descontextualizado de los valores que lo informan.

Los valores son acatados por convencimiento de su utilidad en razón del completo crédito que se presta a las mismas.

El derecho debe prestar atención al territorio de las creencias y ordenar la convivencia de la comunidad a la que va dirigido, en base a la percepción de la realidad vital

Definida la creencia como realidad operativa, es coincidente en esa dirección con el derecho que tiene como objeto regular la realidad social.

Asimismo, el derecho debe posibilitar la evolución humana es decir que los hombres esgriman menos derecho y actúen con más ética, lo que produciría un aumento de la paz social y como consecuencia una convivencia menos conflictiva y más armónica.

Sin tener en cuenta las creencias propias de cada comunidad, el derecho se percibe como carente de utilidad y ajeno a la realidad. Forma pura.

Las distintas fuentes invocadas, nutrientes del derecho público no coincidentes con las del derecho privado, parten de distintas creencias a nivel de valores y de diferentes puntos de conciliación en los equilibrios estudiados.

## **V. Relación del derecho público y el derecho privado**

La relación del Sistema de Derecho Público en especial el derecho constitucional y el Sistema de Derecho Privado en concreto con el derecho civil no ha sido siempre pacífica ni de perfecto ensamble. Ello, lo manifestamos, es producto de las distintas fuentes de ambos órdenes jurídicos. El primero responde a la matriz anglosajona y el segundo tiene la influencia del derecho continental europeo con antecedentes en el derecho romano germánico y Código Civil francés como las influencias más indicativas.

### *a. Constitución Nacional 1853-1860*

El derecho del Estado Argentino, nace como macrosistema jurídico con la Constitución de 1853-1860.

Antes de esa fecha no existía Estado Nacional propiamente dicho, aunque sí debemos reconocer que estaba gestándose, proceso que duró más de cuatro décadas.

Se ha invocado en tono de crítica, que el sistema jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, prefería el progreso económico a la calidad institucional, es decir no miraba con atención la participación ciudadana.

Ello es una mirada parcial de la realidad histórica, en razón de que antes de su sanción gobernaba el país Juan Manuel de Rosas, quien nunca se preocupó de lograr la calidad institucional.

Recordemos asimismo que el país se encontraba despoblado, sin inversiones significativas y con una fuerte emigración por el régimen imperante. Ello producía un vacío que debía cubrirse gradualmente. Había que poblar el desierto y aumentar la producción.

No se podía acudir al crecimiento vegetativo de la población, porque habría insumido mucho tiempo llegar a una cifra razonable de habitantes. Se hacía necesario atraer inmigrantes y para ello era fundamental consagrar la libertad económica y la promesa de un futuro mejor.

En cuanto al derecho privado, al momento de sancionarse la Constitución no estaba sistematizado y en consecuencia se encarga al Congreso Nacional la sanción de Código Civil, con expresa advertencia de Alberdi en la obra *Sistema Económico y Rentístico* que debía adecuarse a la Constitución, avizorando el concepto de sistema que debe observar todo ordenamiento jurídico.

También el mismo autor, emite un juicio de valor sobre el derecho privado, en su obra *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho, Tercera Parte, Prospecto*, donde expresa los lineamientos que se deben observar en la elaboración de la legislación civil, resaltando las carencias de la legislación española vigentes hasta ese momento.

#### *b. Diferencia de fuentes entre ambos derechos*

En el sistema continental europeo, el apego a la ley escrita, la resolución de las lagunas del derecho en la propia ley (analogía), el juez como intérprete de la ley, contraría la tradición anglosajona de apego al precedente judicial, y de la resolución de lagunas del derecho basados en la ley y la equidad, revelan distinciones sustanciales que -desde nuestro punto de vista- producen anomalías en los diferentes sistemas del ordenamiento jurídico.

Los citados desajustes se producen al yuxtaponer ambos sistemas, sin adecuarlos a la particular idiosincrasia de nuestro pueblo.

La convicción francesa de que la ley es la fuente principal del derecho y que la costumbre no era de fiar sino cuando la ley se refiere a ello, es toda una definición evidenciando lo que acabamos de apuntar.

*c. El Código Civil dentro del sistema jurídico argentino*

El principio de supremacía constitucional consagrado en el art. 28 de la Constitución Nacional debe ser tenido en cuenta, reafirmando la organización jurídico jerárquica y el orden sistemático que nos rige.

Por otro lado, las normas infraconstitucionales no pueden contradecir a la Constitución Nacional por razones jurídicas, filosóficas (lógicas jurídicas) y de coherencia.

Lo que caracteriza el macrosistema es la conexión y armonía de sus partes. Esa coherencia se tiene que reflejar en los sistemas de derecho público y en el sistema de derecho privado, pues ambos pertenecen al mismo ordenamiento jurídico.

Si se justifica cada rama o sistema de derecho público y privado de acuerdo con los distintos principios y valores, según sea su fuente de origen, estamos disociando la unidad del sistema.

Por ello pensamos que debe hacerse un esfuerzo de conciliación para lograr la armonía, desde distintos ángulos, desde el legislador, el intérprete, el juez y el operador.

*d. Esencia del derecho*

Por otro lado, la norma jurídica es un emergente de cada pueblo -si bien hay una esencia común al género humano- cada pueblo hace suyo los valores de manera distinta.

Al tener vivencias en forma diferente, se consolidan creencias disímiles y, en consecuencia, las leyes que conforman el derecho de cada pueblo son diversas.

Ello debe ser tenido en cuenta por el legislador al momento de incorporar normas generadas en otras comunidades, en razón de que se pueden adaptar en forma perfecta a la realidad social allí donde nacen, pero pueden producir anomalías donde son injertadas de manera mecánica y sin la debida adaptación.

Actuar sin la previsión apuntada produce anomalías y conflictos en el orden jurídico que las incorpora.

La distinta procedencia debe ser tenida en cuenta por el intérprete, dado que no se pueden aplicar las instituciones de otros derechos y la lógica de su implementación de manera simplificada y espontánea.

## **VI. Funciones del derecho**

En forma precisa, sin temor a equivocarnos, afirmamos que el derecho tiene como finalidad las siguientes funciones:

- a) Organizadora u ordenadora de la convivencia social: Pretende conciliar los intereses individuales a fin de lograr un equilibrio social y consolidar la paz jurídica.
- b) Función defensiva: Punitiva y preventiva, evitando que las conductas antisociales logren prevalecer y produzcan efectos antijurídicos, estableciendo órganos con poderes suficientes.
- c) Función cultural: Generando comportamientos valiosos y formas pacíficas de solución de diferencias, creando un marco equitativo y prudente de conciliación social, que estimule la repetición de aquellas.

Si pensamos en lo expuesto a lo largo de nuestro trabajo, advertimos que se estarían desvirtuando las funciones antedichas, al no respetar la debida coherencia en los sistemas, sembrando confusión con el correlato en sus consecuencias de la no realización de la paz social ni paz jurídica.

También estamos convencidos en la exageración en que se ha incurrido, asignando una equivocada gravitación a la función cultural del derecho.

Se afirma la lógica de que sancionando leyes, se establecen creencias, es decir que el ciudadano puede ser diseñado a medida de la ley. Por lo tanto, poco importa ni se tienen en cuenta la espontaneidad y la libertad del individuo.

## **VII. Conclusión**

A manera de conclusión afirmamos:

a) *El ordenamiento jurídico* está compuesto por normas jurídicas (derecho positivo) por principios jurídicos y valores. Ellos surgen y se orientan a regular una determinada realidad y cumplen la función de ordenarla, a fin de lograr la paz social, trascendental cometido del derecho.

Se deberá abandonar la mirada del positivismo jurídico, que considera como única manifestación del derecho, a la ley y -por ende- su exclusiva materia de estudio.

Afirmamos que esta actitud (visión en celdas) es propia del positivismo epistemológico de estudiar el objeto científico focalizado y que el operador tenga gran especialización en ese reducido campo elegido. Ello nos ha llevado a perder de vista, las materias sustanciales que nutren la ley y que le dan sentido y funcionalidad en una sociedad determinada.

Por el contrario, compartimos la mirada científica que considera al derecho como una realidad que excede la pura norma. En consecuencia, adherimos a la postura filosófica jusnaturalista.

Es evidente que para abordar de manera completa el estudio del derecho como producto del quehacer humano, no solamente se debe examinar la pura norma, circunscribiendo sólo a esa manifestación, el análisis del intérprete.

Hay que complementar la labor con estudios de filosofía, sociología, historia, psicología social, economía y demás ciencias que tienen contacto y nutren a la norma.

Con base en lo dicho y como consecuencia de lo sostenido como mirada científica, afirmamos que el ordenamiento jurídico constituye un sistema jerárquico de normas, principios y valores, ubicando en la cúspide a la Constitución Nacional. Dicha cualidad evidencia que no todas las normas del sistema son iguales.

Las leyes de jerarquía inferior se deben adaptar y no contradecir las de rango superior, en nuestro caso la Constitución Nacional. En el caso de colisión se fulmina la norma inferior declarándola inconstitucional.

Con base en la opinión explicada afirmamos, que normas semejantes, vigentes en países diferentes, son entendidas y aplicadas también en forma distinta.

No es que la letra de la ley difiera, sino que la causa de la falta de correspondencia en la manera de vivenciar la norma se da en cómo se entienden y viven los valores en las diferentes comunidades.

b) *El paradigma*. En segundo término, hemos afirmado que el paradigma es un vasto marco teórico, que nos exhibe una solución exitosa de ciertos problemas, que es reconocido por la sociedad científica.

También constituye un compromiso compartido por la comunidad de especialistas, es decir un marco de supuestos que se aceptan sin discusión, estableciendo las líneas y formas básicas de la investigación en una disciplina determinada, delimitando el conjunto de problemas que importan a esa corporación y las soluciones admisibles.

Se afirma que el paradigma dominante en una disciplina tiene efectos en la forma de distribuir los recursos para la investigación, en los criterios de los comités editoriales e incluso en las promociones académicas institucionales.

De allí, aplicando esta mirada epistemológica al ordenamiento normativo de nuestro país, sostenemos que la adopción y sanción de la Constitución Nacional es la aceptación de un paradigma, como vasto marco teórico que provee de soluciones al plexo de leyes del sistema y al conjunto de problemas surgidos de la convivencia.

Esa norma fundamental se ubica en la cúspide del sistema y a ella se deben ordenar el resto de leyes, no pudiendo contradecirla so pena de quedar descalificada.

En consecuencia, las normas de rango inferior no deben oponerse ni contradecir la Constitución; caso contrario, son excluidas y quedan fuera del ordenamiento vigente, invalidadas como inconstitucionales.

Ahora bien, el paradigma no es exclusivamente un enunciado legal. Para ser coherente debe tener un contenido invisible que lo nutre en su núcleo, dándole un perfil propio, ello lo constituyen los principios jurídicos y valores, otorgándole sentido axiológico a la manifestación normativa.

Esos principios y valores responden a la singular idiosincrasia de un pueblo, el que resuelve las tensiones valorativas de cada dupla y del conjunto en determinado equilibrio, intransferibles a otra sociedad.

c) *Ideas y creencias*. Los valores y actitudes vitales de cada comunidad se aquilatan a través del tiempo y de la experiencia, como así también por hechos históricos estimulantes, que tienen particularidad de ocurrencia. Esto debe suceder para que se considere valiosa observarlas.

Hemos afirmado que la creencia es una actitud vital y como tal “contamos” con ella, sin necesidad de fundamentarla o teorizarla.

Al contrario la idea está más próxima a una afirmación intelectual.

Ahora bien, si el derecho tiene la función de ordenar la vida de una comunidad determinada, tiene que enderezar su mirada en profundidad, a las creencias de ese pueblo a fin de entender cabalmente sus actitudes sociológicas, su manera de ser.

En ese territorio y teniendo en cuenta lo que hemos afirmado, una norma jurídica que se toma de otro derecho puede ser gestada, sancionada y aplicada en forma diferente al espíritu que tuvo en su lugar de origen y, en consecuencia, contradecir sus fines y utilidad.

Ello se produce cuando en un mismo ordenamiento existen ramas que provienen de distinta génesis, generando obstáculos en su aplicación.

Las dificultades referidas producen la ruptura en el sistema y éste deja de tener coherencia, previsibilidad y razonabilidad.

Este defecto en la congruencia del sistema, produce inestabilidad jurídica y falsas soluciones que afectan gravemente el valor justicia y la confianza en el ordenamiento jurídico.

*En conclusión*, el legislador al momento de receptor la norma que proviene de otro ordenamiento jurídico debe tener en cuenta los principios y valores propios de nuestra comunidad.

El operador, al momento de aplicarlos, una vez receptados debe extremar los cuidados para que las soluciones no se opongan a la razonabilidad del sistema.

Por último, el exegeta debe -como esfuerzo principal- compatibilizar las ramas del derecho con la Constitución Nacional, especialmente en el territorio de los valores y principios jurídicos, recibiendo el aporte de otras disciplinas que iluminen la parte no visible donde radica el desencuentro entre la norma que se incorpora y la plataforma de nuestro ordenamiento jurídico.

**INCORPORACIÓN DE  
ACADÉMICOS  
CORRESPONDIENTES  
EXTRANJEROS**



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE  
EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, DR.  
JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI \*

*Palabras de presentación por parte del señor académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés*

Señor presidente, señores académicos, señoras y señores:

Menuda faena me toca. Me enteré que me habían designado para efectuar esta presentación hace menos de una semana, encontrándome en el Perú, por un correo electrónico del Sr. secretario técnico, Dn. Christian Sommer.

No tenía allí ningún antecedente, ni siquiera el currículo de José Antonio y recién he regresado de Perú el sábado, de manera que recién pude contar con esos antecedentes ayer lunes.

En realidad yo ya conocía a nuestro amigo José Antonio, pero no lo conocí en su patria, Paraguay, sino en Argentina, con motivo de realizarse en Córdoba unas Jornadas Jurídicas en las que tuvimos la oportunidad de compartir tareas y de conversar sobre la posibilidad de crear en Paraguay una Academia de Derecho, ya que en esa época no contaban con una institución semejante.

Desde ese momento, junto a otro querido amigo el Prof. Ramón Silva Alonso, quien había sido uno de los miembros de la Comisión Redactora del actual Código Civil paraguayo, encaramos la tarea de dar nacimiento a la Academia paraguaya, y ellos lucharon arduamente hasta concretar su creación hace 3 o 4 años.

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 10 de mayo de 2011.

Tuve entonces el placer de visitarlos en Asunción, oportunidad en que compartimos días de intenso trabajo.

Esa bella ciudad es una de las más antiguas de América del Sur, ya que fue fundada en 1537 por Juan de Salazar y Espinoza y se le ha dado el nombre de “madre de ciudades”, porque desde ella partieron expediciones que, entre otras, dieron nacimiento en lo que hoy es territorio argentino a la ciudad de Santa Fe, y a la segunda fundación de la ciudad de Buenos Aires, ambas por obra de Juan de Garay.

Asunción es una ciudad cuyos pobladores tratan a los visitantes con cálido afecto y también los reciben con un cálido clima pues, como bien decía Helio Vera, en su *Diccionario Contrera*, en Asunción hay solamente dos estaciones, la de ferrocarril y el verano.

Compartí varios días de tarea con los miembros de la novel Academia y tuve la suerte de que los rigores de su “perpetuo verano” se encontrasen mitigados.

Era notable el entusiasmo con que habían encarado la tarea todos los miembros de la Academia, en especial Ramón Silva Alonso, su primer presidente, que desde mucho tiempo atrás era correspondiente de nuestra corporación, cuya ausencia lamentamos profundamente.

Frente a la muerte de Silva Alonso, la Academia de Córdoba consideró que era menester seleccionar otro jurista paraguayo de valía con quien mantener estrecha relación de correspondencia y encontró en el Dr. Moreno Ruffinelli, que precisamente es el nuevo presidente de la Academia paraguaya, una persona de prestigio cuya trayectoria académica justifica plenamente su designación como nuevo académico correspondiente en la República de Paraguay.

Hoy nos encontramos reunidos en este acto para recibirlo en su calidad de nuevo compañero de nuestras tareas académicas.

En realidad, cuento con el currículo que conseguí, más alguna búsqueda de antecedentes que efectué en la red, donde encontré datos de su actuación como diplomático, y una fotografía abrazándose con el canciller francés en un acto de mucha importancia para las relaciones entre Francia y su patria y también otros países de nuestra América del Sur, pero poco podría agregar pues casi todos esos antecedentes se detallan en el decreto de su designación.

Pero hay algo que falta allí; José Moreno Ruffinelli es un amante de las letras, y por esa razón no es solamente presidente de la Academia

Paraguaya de Derecho, sino que también preside la Academia Paraguaya de la Lengua Española, es decir que está al frente de dos importantísimas academias en nuestra hermana República del Paraguay.

Me voy a salir de lo que normalmente suele ser el libreto de presentación de un académico correspondiente, y lo haré para formularle un pedido de colaboración en un tema en que nuestra Academia está empeñada.

Hace justamente cinco semanas, el día 5 del mes pasado, la Academia adoptó una resolución que tiene íntima vinculación con el lenguaje jurídico que se emplea en América del Sur. La resolución aprobada se refería al vocablo “distracto”, que ha sido eliminado en la última edición del Diccionario de la Lengua, y tiene importancia que José Antonio sea el presidente de la Academia Paraguaya de la Lengua Española, porque la Real Academia tiene la buena costumbre, costumbre que es vital, de consultar a todas las academias americanas de la lengua, cuando incorpora un vocablo a su léxico.

Nuestra nueva Academia se encuentra en un punto clave en vinculación con las consultas que la Real Academia española realiza permanentemente para la renovación del léxico. Desde ese punto clave puede contribuir con su opinión al conocimiento y perfeccionamiento del Diccionario de la Lengua en lo que se relaciona con el lenguaje jurídico que se emplea en América.

Es cierto que desde que aquel gran lexicógrafo peruano que fue Ricardo Palma comenzó a abrir las puertas de la Real Academia española a la aceptación de los vocablos utilizados en América, a fines del siglo XIX y los albores del siglo XX, a lo largo de ese siglo se ha ido acentuando la actitud de recepción de esas voces y en estos momentos en que se está preparando la 23ª edición del Diccionario, con la debida consulta a todas las hermanas academias iberoamericanas de la lengua, resultará muy útil la opinión de la Academia paraguaya.

Insisto que en la 22ª edición del Diccionario, del año 2001, no sólo ha desaparecido el vocablo “distracto”, cuyo empleo en Argentina, Perú y Uruguay es común y cuya reincorporación hemos solicitado, sino que también se ha eliminado otro vocablo de mucho uso en toda América, especialmente en derecho penal, que es “estelionato”.

La voz “estelionato” tiene larga tradición en los códigos penales y continúa empleándose en casi toda América, como lo podemos verificar si recorremos los cuerpos legales vigentes, aunque ya no se la utilice en España.

Creo que en este punto debemos luchar hermanadamente, las academias americanas de derecho y jurisprudencia para que cuando se produzcan modificaciones -sea el agregado, sea la supresión, sea la simple modificación del significado de un término que tenga significación jurídica y uso forense- la Real Academia Española consulte no sólo a las distintas academias de la lengua, sino también a las academias de derecho.

En ese empeño, Moreno Ruffinelli puede darnos una mano para que seamos escuchados quienes somos los verdaderos destinatarios, es decir las academias de derecho como los institutos que mejor pueden informar si un vocablo continúa o no vivo.

La función de José Antonio como presidente de la Academia Paraguaya de la Lengua nos va a resultar muy útil.

En la mera relación de sus méritos no se ha dicho que sus preocupaciones no se limitan al campo del derecho civil -en el que tiene numerosas obras publicadas- sino que lo preocupan todos los problemas sociales y económicos de Latinoamérica, en especial del Mercosur, lo que resulta comprensible en un hombre que ha cumplido importantes funciones diplomáticas.

Pero además, nuestro nuevo compañero tiene inquietudes literarias; por eso tengo la seguridad de que hermanado con nosotros compartirá esfuerzos para que en España escuchen de manera completa a todos los americanos, incluidos los hombres de derecho y que tengamos presencia efectiva para contribuir a la perfección de la lexicografía y su reflejo en el Diccionario de la Lengua.

Por eso no limito estas palabras a la mera presentación de nuestro nuevo académico, sino que me atrevo a solicitarle que asuma esta misión.

Moreno Ruffinelli es un hombre público, querido y respetado por amplios sectores que reconocen su actuación pública y su desempeño como maestro; sin duda que -como todo hombre público- a veces ha sufrido los embates que asalta a quien trabaja, porque siempre realiza obras, encuentra en su camino piedras, y muchas. Pero siempre ha luchado por su patria y por lograr que Paraguay crezca y recupere aquellos viejos niveles que tuvo en las épocas de la colonia, donde el medio hermano de Fray Trejo y Sanabria, Hernandarias de Saavedra, fue cuatro veces gobernador en Asunción de un extenso territorio que en ese momento no sólo comprendía lo que hoy es Paraguay, sino gran parte de la actual República Argentina.

Ese Paraguay al que tantos dolores le inflingimos otros países de América en la guerra esa que se llamó de la Triple Alianza.

Ese Paraguay que sigue siendo nuestro hermano, como lo canta un argentino, Guido Spano en esa hermosa poesía llamada Nenia.

Hoy esos duros momentos, alejados en el tiempo, se han superado y estamos nuevamente unidos al Paraguay. Ha corrido casi un siglo y medio, y nuestra hermandad debe estrecharse aún más, y sin duda este acto es una demostración de la actitud que todos tenemos para con nuestros hermanos paraguayos que están aquí muy bien representados por José Antonio Moreno Ruffinelli.

Nada más.



# **SOBRE EL PROTOCOLO DE OLIVOS Y EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR <sup>1</sup>**

por JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI <sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Breve noticia sobre los antecedentes del Protocolo de Olivos. 1. El Protocolo de Brasilia. 2. El Protocolo de Ouro Preto. III. El Protocolo de Olivos: análisis de su estructura y reglamentación. 1. Procedimiento entre Estados Partes. 2. Procedimiento para particulares. 3. Las opiniones consultivas. IV. A modo de conclusión. Abreviaturas utilizadas. Bibliografía

## **I. Introducción**

El 9 de noviembre de 1988 Argentina y Brasil suscribían el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, que ponía fin a una larga etapa de desencuentros entre ambos países. Si bien el tratado se refería fundamentalmente a cuestiones de carácter comercial, materia en que se concentraban las mayores desavenencias, quedó en claro que la integración era el mejor camino para superar los desacuerdos a nivel regional, acorde con la tendencia que, en esta dirección, había ganado terreno el mundo. Uruguay y Paraguay fueron invitados al proceso, y en fecha 26 de marzo de 1991, se firmó en Asunción el Tratado que da origen al Mercado Común del Sur, o Mercosur, con estos cuatro países como miembros plenos.

---

<sup>1</sup> Conferencia dictada el 10 de mayo de 2011.

<sup>2</sup> Presidente del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Ex canciller de la República del Paraguay. Doctor en Derecho.

Ahora bien: el éxito de toda empresa integracionista depende de que se logre en ella la instauración de un eficaz sistema de solución de controversias entre los países envueltos. Constituye éste un gran desafío para el Mercado Común del Sur, o Mercosur, que recientemente ha dado un importante paso al instaurar una instancia permanente de resolución de conflictos entre los países que integran el bloque como miembros plenos.

A continuación, luego de un repaso a los antecedentes del sistema actual, se pasa a exponerlo a la par de formularse algunas reflexiones preliminares -dado lo novedoso del mecanismo ahora instaurado-, debiendo tenerse presente, sin embargo, que el objetivo aquí es mayormente descriptivo del nuevo régimen.

## II. Breve noticia sobre los antecedentes del Protocolo de Olivos

### 1. El Protocolo de Brasilia

El sistema de solución de controversias fue un tema que, desde un inicio, constituyó motivo de preocupación en el Mercosur. El Tratado de Asunción contenía disposiciones que preveían su instauración, aunque con carácter meramente transitorio, no debiendo extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994. En ejecución de ello, los países integrantes del bloque suscribieron así, en diciembre del mismo año 1991, el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias.

En el Protocolo de Brasilia se preveía la conformación de Tribunales arbitrales *ad hoc*, destinados a resolver las controversias sobre interpretación, aplicación y cumplimiento del Tratado de Asunción y de las decisiones que en su consecuencia se adoptasen.

El reglamento del referido protocolo estableció que la solución de controversias comenzaría por negociaciones directas entre los Estados involucrados. Si éstas fracasaban, se elevaría la cuestión al seno del Grupo Mercado Común, y si con ello no se daba fin a la controversia, los Estados afectados podían solicitar la conformación de un Tribunal Arbitral *ad hoc*. Los árbitros del Tribunal *ad hoc* debían ser elegidos de una lista de diez candidatos que cada país debía presentar a la Secretaría del Mercosur, y en principio, la sede debía ser elegida por el propio Tribunal,

aunque con posterioridad se resolvió que ella estuviera en la ciudad de Asunción<sup>3</sup>.

Las decisiones recaídas en los arbitrajes resultaban inapelables, aunque se admitía contra ellas, como recurso único, el de aclaratoria<sup>4</sup>. También se preveía que el país que no cumpliera con el fallo sería pasible de medidas compensatorias, de manera a dotar de un cierto carácter coercitivo a las decisiones del Tribunal, evitando así que se convirtieran en meras recomendaciones o consejos.

Éstas fueron, a grandes rasgos, las características del sistema instituido por el Protocolo de Brasilia. Aunque lejos de constituir un mecanismo ideal, éste se adecuaba a lo que cabía esperar de la etapa inicial del proceso de integración.

## 2. *El Protocolo de Ouro Preto*

Dado el carácter transitorio del sistema previsto por el Protocolo de Brasilia, se suscribió, a fines del año 1994, el Protocolo de Ouro Preto, con el que se pretendía reemplazar el sistema cuya vigencia expiraba.

Este nuevo instrumento tampoco significó un avance significativo para la instalación de un auténtico sistema permanente. Desde luego que en aquel entonces la prioridad del bloque era la puesta en funcionamiento de una Unión Aduanera, como primera etapa para la construcción de un mercado común. En razón de que las energías de entonces se abocaron a esta tarea, se decidió simplemente confirmar el sistema de solución de controversias instaurado por el Protocolo de Brasilia.

---

<sup>3</sup> Debe notarse que de los nueve laudos dictados durante la vigencia de este protocolo, sólo dos fueron firmados en la ciudad de Asunción.

<sup>4</sup> En este sentido, se ha dicho que *“el recurso de aclaratoria ha sido utilizado por una o ambas partes en cinco controversias. A nuestro criterio en algunos casos, con el verdadero sentido de un recurso de revocatoria o de apelación ante el mismo Tribunal ad hoc. En algunas oportunidades el Tribunal ha tenido un criterio muy amplio al interpretar el recurso, respondiendo como si se tratara realmente de un recurso de aclaratoria aún cuando no hiciera lugar a lo peticionado. En otro, ha expresado que lo solicitado excede al objeto del recurso”*. C. GONZÁLEZ GARABELLI, *Solución de controversias*, Asunción, Cidsep, 2004, pág. 166.

De todos modos, quizás lo más trascendente de Ouro Preto es que estableció la obligación de efectuar una revisión del sistema de solución de controversias del bloque con miras a la adopción del mecanismo permanente a que hacía alusión el ítem III del Tratado de Asunción y artículo 34 del Protocolo de Brasilia. Esta obligación debía llevarse a cabo antes de que culminara el proceso de convergencia del Arancel Externo Común en 1994. Como veremos a continuación, ello se logró bastante tiempo después.

### **III. El Protocolo de Olivos: análisis de su estructura y reglamentación**

En el año 2001 se presentó la “Propuesta paraguaya para mejorar la Justicia del Mercosur”<sup>5</sup>. Esta propuesta, que incluía un proyecto de Protocolo, tenía como objetivo avanzar en la institucionalización del mecanismo controversial del bloque, reemplazando los medios de solución más marcadamente políticos que se daban bajo la normativa entonces vigente, por otros, más auténticamente jurisdiccionales, por así decirlo. Los fundamentos de la propuesta hacían relación además al carácter meramente transitorio del sistema instituido por el Protocolo de Brasilia y el de Ouro Preto.

El 18 de febrero de 2002 se firmó en Buenos Aires, en la Quinta Presidencial de Olivos, el Protocolo de Olivos (PO), vigente por la ratificación de los cuatro países miembros desde el 2 de enero de 2004.

Con la firma de este Protocolo se dio un gran paso en la consolidación de un sistema de solución de controversias adecuado mediante el establecimiento de un Tribunal de Revisión Permanente, aunque reservándosele el carácter de “arbitral”. También se avanzaba en el sentido de la previsión del ya referido numeral III del Anexo III del Tratado de Asunción, aunque no completamente, pues no se llegaba aún al Tribunal de Justicia del Mercosur.

Si comparamos el sistema actual, de carácter permanente, con el instituido por el Protocolo de Brasilia, notamos que en este último, para acudir a un procedimiento de arbitraje era necesario agotar previamente las instancias obligatorias anteriores. El procedimiento se sustentaba ante

---

<sup>5</sup> La propuesta la presenté en mi carácter -a la sazón- de ministro de Relaciones Exteriores de Paraguay.

un Tribunal *ad hoc*, compuesto de tres árbitros, el cual, una vez dictado el fallo, cesaba en sus funciones. Dado el carácter ocasional del tribunal, ello conllevaba el riesgo de que se produjeran opiniones divergentes dictadas por distintos tribunales conformados *ad hoc*, cuyas decisiones no constituían precedentes que de alguna forma vincularan la resolución de otros casos. Esto obviamente traía aparejado un serio problema de seguridad jurídica. De modo que el sistema actual pretende remediar la situación anterior, con la finalidad de contribuir a la consolidación institucional del bloque.

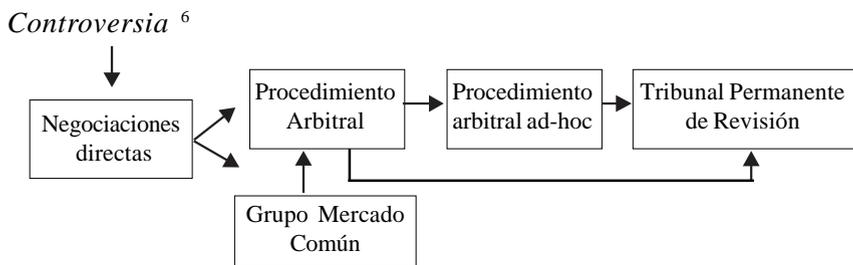
Puede afirmarse que este reclamo de institucionalización estaba dirigido, en primer lugar, a la justicia, y luego a un eventual Parlamento del Mercosur. De modo que uno de los mensajes más claros emitidos por el bloque hacia la comunidad internacional con relación al avance de su consolidación institucional ha sido, precisamente, la creación del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

A grandes rasgos, y como podrá verse, el Protocolo de Olivos establece un procedimiento con mayores garantías procesales para los Estados y una relativa mejor protección para los particulares.

El Protocolo comprende básicamente dos sistemas de solución de controversias: entre Estados parte y para particulares. Asimismo, se establecen procedimientos que van de las negociaciones directas a la resolución a través de laudos arbitrales del ya mencionado Tribunal Permanente de Revisión.

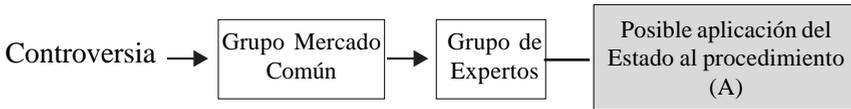
El esquema instaurado puede graficarse de la siguiente manera:

(i) Procedimiento entre Estados Parte



<sup>6</sup> El cuadro -y la gran cantidad de flechas que van de aquí para allá- nos demuestra que el sistema es más complejo de lo que parece. Debe notarse que el procedimiento no

## (i) Procedimiento para particulares



## 1. Procedimiento entre Estados Partes

## A. Cuestión previa: la elección del foro

Este tema reviste una especial importancia dadas las consecuencias que podría tener para el proceso integrador del Mercosur si se habilita a que los Estados Partes puedan recurrir, en lugar del mecanismo de controversias del Mercosur, al de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Al discutirse el texto del Protocolo de Olivos, la cuestión fue sometida a un intercambio de ideas en el que se iban polarizando los extremos. Relata C. González, uno de los partícipes de la negociación, que “poco antes de suscribirse por parte de los jefes de Estado y Cancilleres en la residencia de Olivos, el canciller Opertti de Uruguay, hizo una observación al margen del ámbito formal de la reunión, a nuestro criterio muy atendible, en el sentido de que en la hipótesis de que la normativa de Mercosur fuera suficientemente apta para resolver una determinada controversia, no habría motivos de elegir otro foro distinto al creado por el Protocolo a ser aprobado. Después de algunos cambios de ideas... se resolvió incorporar un agregado a la norma con el siguiente texto: ‘No obstante, en el marco de lo establecido en este numeral, el Consejo Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción de foro’”<sup>7</sup>.

---

es lineal: puede irse de la negociación directa al (i) procedimiento arbitral o (ii) la intervención del GMC. Luego del (ii) puede ir nuevamente al procedimiento arbitral (desde el GMC). Además, al optarse por el procedimiento arbitral, uno puede hacer el *per saltum* e ir directamente al Tribunal de Revisión o dejarlo como apelación.

<sup>7</sup> G. GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 213

La disyuntiva, como puede notarse, se plantea entre quienes están a favor de la elección del foro y quienes están en contra. La última postura ha sido defendida por el grupo de expertos en una reunión celebrada en Asunción, en agosto de 2004, en los siguientes términos: “Por un lado, si bien la introducción de la elección alternativa de foro ha supuesto un importante avance respecto al Protocolo de Brasilia, no deja de ser preocupante el uso de tal posibilidad a favor de la OMC (especialmente cuando las reglas de juego de éstas no están más desarrolladas que las que derivan del Mercosur), no ya porque puede dejar traslucir una falta de confianza en el sistema de integración, sino porque no elimina el riesgo de pronunciamientos divergentes entre los tribunales de la OMC (pues nada parece impedir que lo resuelto en un foro pueda ser debatido en otro al variar los Estados Partes en la controversia). Por un lado los tribunales de Mercosur deben quedar al margen de posibles -y en muchos casos deseables entendimientos de las Partes de una controversia en cualquier momento previo a la emisión del fallo. Lo que excluye no ya la necesidad de avalar el posible acuerdo mediante un laudo, sino siquiera entrar en debates acerca del respeto o no de lo pactado por los protagonistas del entendimiento, más allá de considerar si se dieron o no las condiciones para continuar con la tramitación del proceso”<sup>8</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Accioly<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> COMISIÓN DE EXPERTOS, *Conclusiones de la Comisión de Expertos reunida en Asunción*, agosto de 2004.

<sup>9</sup> Quien expresa: “Este artículo permite que los socios puedan optar por otros foros para solucionar sus conflictos, vedando que los Estados partes puedan concurrir a uno u otro al mismo tiempo, lo que sin duda podría traer inseguridad jurídica al bloque, en la eventualidad de que puedan verificarse decisiones divergentes referentes a un mismo conflicto. Se debe, sin embargo, al elegir el foro, tomar cuidado de que se verifique si el objeto de la controversia se encuentra previsto en ambos foros”. A lo cual añade la misma jurista que “de todas maneras, la posibilidad de elección de foro es a nuestra manera de ver inadecuada, puesto que debilita el sistema de Solución de Controversias en el Mercosur, que procura afirmarse a través del PO y por las recientes Decisiones del CMC sobre acuerdos antidumping (Dic. 13/02 del 15.12.2.002 y de los subsidios a las medidas compensatorias (Dic.14/02 del 5.Dic. 02). Estas Decisiones también permiten a las partes consensuar el foro en el cual pretenden que ellas sean resueltas”. E. ACCIOLY, *Sistema de Solucao de Controversias em Blocos Economicos*. Coimbra, Colecao Teses, 2004, pág. 37.

En contra de las opiniones hasta ahora expuestas se muestran Pimentel y Dreyzin, quienes señalan que otras asociaciones regionales habilitan esta elección alternativa del foro <sup>10</sup>.

Sin embargo, si se pretende fortalecer el sistema de controversias en el Mercosur, aunque la opción fuera práctica en otros bloques regionales que no tienen las dificultades del nuestro, esta opción debilita innecesariamente al Protocolo. Además, en los hechos, recurrir al mecanismo del protocolo debería resultar mucho menos oneroso que hacerlo ante otros foros.

Ahora bien, es cierto que, como afirman Pimentel y Dreyzin, la OMC ya tiene consolidado un prestigio y puede ejercer un fuero de atracción sobre las causas del Mercosur. También es atendible la consideración de estos juristas de que *“dada la fuerza multilateral de la OMC es más probable -aunque no sea lo deseable, hecho que requerirá algún tiempo para su ubicación real- que los Estados Partes del Mercosur cumplan con lo prescripto por un panel de la OMC, que conseguir un resultado igual bilateralmente, dentro del bloque”* <sup>11</sup>.

A todo esto, que encierra una parte de verdad, podría replicarse lo siguiente: resulta de vital importancia para el Mercosur potenciar, precisamente, el prestigio de un Tribunal Permanente de Revisión diseñado especialmente para dar respuestas a sus concretas necesidades. El efecto positivo que ello podría traer aparejado al proceso integrador es bastante evidente. En verdad, lo que cabría hacer es dar fuerza y vida, de manera que la opción más atractiva sea la de acudir al TPR.

En apoyo a la posibilidad de elegir libremente el foro, algunos traen a colación un conflicto sobre la salvaguardia de textiles impuesta por Argentina contra el Brasil <sup>12</sup>. En este caso, Brasil recurrió a la OMC para la

---

<sup>10</sup> Afirman los autores citados que: *“Esta opción que ejerce el demandante, sin perjuicio de que las partes de común acuerdo puedan elegir el foro, se asemejan con lo dispuesto en otros tratados de asociaciones regionales. El NAFTA incorpora una cláusula equivalente, podemos decir que en la actualidad ésta es la tendencia que prevalece en todos los acuerdos regionales”*. A. DREYZIN Y L. PIMENTEL, *Solucao de Controversias, OMC, Unión Europea e Mercosur*, Sao Paulo, Ed. K. Adenauer, 2003, pág. 175.

<sup>11</sup> A. DREYZIN Y L. PIMENTEL, ob. cit., pág. 179

<sup>12</sup> Informe WT/DS/241- Argentina - Definitive Antidumping Duties on Poultry from Brazil. Cit. por PIMENTEL-DREYZIN op. cit., pág. 175.

resolución del conflicto. De cualquier manera, se había establecido igualmente para la misma disputa un Tribunal *ad hoc*, todo ello bajo la normativa del anterior Protocolo de Brasilia. En estos casos, ambas decisiones (la del Tribunal *ad hoc* y la de la OMC) resultaron, felizmente, coincidentes. Sin embargo, de haberse arribado a soluciones contradictorias, ello sólo habría traído aparejado inseguridad jurídica.

En conclusión, creemos que la solución final del Protocolo, en el sentido de permitir la libre elección del foro, debería obrar de tal forma que en el futuro el Consejo Mercado Común lo regule de manera restrictiva, de modo a dificultar en lo posible la opción de foro a fin de no debilitar la acción del TPR (lo cual implica también, en cierta forma, la del PO). Ello, en aras al fortalecimiento pleno del sistema del Mercosur de solución de controversias.

### *B. Las negociaciones directas*

Visto ya el tema de la elección de foro, se pasa ahora a exponer el sistema de solución de controversias del PO en sí.

El primer paso establecido por el Protocolo constituye que los Estados Partes deben intentar resolver sus controversias por negociaciones directas entre ellos. Ello supone -se ha dicho- evitar el desgaste que debería acarrear recurrir a otras instancias para el reracionamiento de los países envueltos.

El Protocolo establece un plazo razonable, de quince días como máximo, para que las partes encuentren la solución a sus diferencias mediante la negociación directa. Se establece además la obligación de comunicar a la Secretaría del Mercosur (SM) sobre las gestiones realizadas y los resultados obtenidos. Esta exigencia tiene la finalidad de que la Secretaría, que lleva el registro de los árbitros y debe realizar las comunicaciones pertinentes, se halle al tanto a la marcha de las gestiones, para así adoptar en tiempo oportuno las medidas pertinentes.

Pero ¿qué ocurre cuando no se llega a un acuerdo o éste es solamente parcial y no contiene todas las pretensiones en juego? Allí ya cualquiera de los estados partes involucrados puede iniciar directamente el procedimiento previsto en el Capítulo VI, es decir el procedimiento arbitral *ad hoc*.

Pero el Protocolo continúa en su línea de búsqueda de acuerdos, tratando de evitar la controversia, pues antes de iniciarla las partes pueden poner a conocimiento del Grupo Mercado Común (GMC), el cual evaluará la situación dando a las partes la oportunidad de exponer sus razones, y puede también requerir si necesario fuere al asesoramiento de expertos, que son elegidos de la lista que cada país presenta <sup>13</sup>.

### C. Intervención del Grupo Mercado Común

En caso de fracasar las negociaciones directas, está visto, las partes pueden someterse o a un procedimiento arbitral o directamente al GMC <sup>14</sup>.

Destaca Pimentel que *“en el transcurso de la existencia del Mercosur esta fase conocida como etapa institucional, no se caracterizó por desempeñar un papel primordial en la solución de contro-*

---

<sup>13</sup>Prevé también el reglamento que a partir de ese momento hay gastos que deben ser soportados por las partes en cantidades iguales o en la proporción que establezca el GMC. Aun el GMC puede atender el pedido de otro Estado no parte en la controversia cuando este lo solicitare, al término de las negociaciones directas, pero este hecho no interrumpe el procedimiento arbitral ya iniciado. Finalmente, el GMC sólo puede hacer recomendaciones en el primer caso y en el segundo puede también hacer comentarios. El Reglamento expresa, asimismo, que la comunicación a que hace referencia el art. 5.1 del PO debe ser enviada por escrito a la otra parte y remitir copia de ella a la SM, y también a los demás estados partes. Debe, además, contener una enunciación preliminar y básica así como propuesta de fecha y lugar para las negociaciones directas, las que deben ser conducidas por los coordinadores nacionales de los países envueltos en la controversia, debiendo éstas quedar registradas en actas y notificadas a la SM y al GMC.

<sup>14</sup>Simultáneamente a la notificación que hacen los Estados Partes al GMC, diez días antes, deben también presentar a la Presidencia *Pro Tempore* un escrito en que permita al GMC evaluar la controversia, escrito que debe ser remitido con copia para todos los Estados Partes del bloque. La Presidencia *Pro Tempore* incluirá en la agenda de reuniones del GMC la controversia para que éste pueda ocuparse y tomar las decisiones en consecuencia. En el art. 15.3 se incluyen cuáles son los requisitos que deben contener los escritos remitidos al GMC y son: a) indicación del Estado o Estados Partes en la controversia; b) enunciación preliminar del objeto de la controversia; c) descripción de los antecedentes que dan origen a la controversia; d) fundamentos jurídicos de la pretensión, con indicación precisa de la normativa Mercosur involucrada, sin perjuicio de su complementación posterior; y e) elementos de prueba de los hechos alegados, si correspondiere, sin perjuicio de su complementación posterior.

*versias*”<sup>15</sup>. Esta fase, calificada como “diplomática”, queda a cargo de funcionarios y debe ser implementada notificando diez días antes de la reunión ordinaria del Grupo, aunque si faltaren cuarenta y cinco días o más pueden las partes envueltas pedir una reunión extraordinaria. Esto es en consideración a la urgencia que pueden tener los Estados Partes en la solución de determinado tema, y no puede estar sujeta a los períodos normales de reunión del Grupo. Este papel del GMC es conciliador en la tentativa de no recurrir al arbitraje.

Debe concordarse con análisis que hace Accioly sobre la no-obligatoriedad del procedimiento. Esto surge del artículo 6.1 del PO, conforme al cual “*si mediante negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuera solucionada sólo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo VI*”<sup>16</sup>.

Consecuentemente, ante esta disposición, las partes pueden obviar recurrir al GMC e ir directamente al arbitraje, sea ante tribunales *ad hoc* o sea ante el Tribunal Permanente de Revisión.

En fin, este sistema no se ha utilizado mayormente en razón de que es absolutamente híbrido pues por un lado es diplomático, de acuerdo a la jerarquía de los que intervienen y por su propia característica, pero por el otro tiene la forma de una controversia arbitral<sup>17</sup>. Seguramente esa habrá sido la razón de su poca utilización.

Designación de expertos: el GMC puede considerar, por la clase de controversia, a veces de niveles exclusivamente técnicos, especializados, la designación de expertos para que emitan un dictamen. El Grupo de Expertos está compuesto por tres miembros. Éstos son designados por el

---

<sup>15</sup> L. PIMENTEL, “Mercado Común do Sul (Mercosur)”, en la obra *Tribunales Internacionales*, Fundacao Boitex, 2004, pág. 184.

<sup>16</sup> En efecto, el Protocolo no dice “deberá” que es lo que debe entenderse como obligatorio, por lo que ella considera que el mismo es facultativo y que debería indagarse si los Estados Partes no podrían acudir directamente al Tribunal Arbitral en vez de recurrir a un órgano conciliador en el que saben no obtendrán el resultado esperado. Y ella misma responde aduciendo que en el propio PO está la respuesta en el artículo 6°. ACCIOLY, ob. cit., pág. 58.

<sup>17</sup> Conf. PIMENTEL, ob. cit., pág. 184.

GMC, siempre que hubiera consenso, en forma directa. De no haber consenso se procederá al sorteo de la totalidad de expertos que están registrados en la SM, y que deben ser seis por país. El experto, en caso de sorteo, no debe ser del país contra el cual se formuló el reclamo.

Los expertos deberán emitir un dictamen. En caso de unanimidad, se autoriza a cualquier otro Estado Parte a requerir al país afectado la adopción de medidas correctivas. El Estado parte requerido tiene un plazo de quince días para cumplirlo. Si el dictamen rechaza la pretensión, el GMC da por concluido el procedimiento, de inmediato. De no mediar unanimidad, deben elevarse las distintas posiciones de los expertos al GMC y éste debe también dar por concluido de inmediato el procedimiento

Una cuestión que debe estudiarse es si los comentarios o recomendaciones tienen fuerza vinculante. Es decir, si son o no obligatorias. En realidad, tanto el PO como su Reglamento nada dicen al respecto, por lo que no deberían ser vinculantes. En todo caso, el Estado Parte que no cumple se expone a la apertura de una controversia.

Parecería que la función de los especialistas será más importante en los reclamos de los particulares.

#### *D. Procedimiento arbitral ad hoc*

Queda dicho que en caso de presentarse una controversia, el PO establece una doble posibilidad. La primera opción es la de pedir la conformación de un Tribunal Arbitral *ad hoc*, y la segunda dirigirse directamente al Tribunal Permanente de Revisión.

En el primer caso se comunicará directamente a la SM la decisión de recurrir al procedimiento arbitral, el cual se sustanciará ante un Tribunal *ad hoc* compuesto por tres miembros. La SM notificará de inmediato la comunicación recibida al o a los Estados Partes en la controversia, así como también al GMC. La SM tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean requeridas para las cuestiones procesales pertinentes<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>Las cuales son objeto de definición en el reglamento de la siguiente forma: a) transmitir todas las comunicaciones de las partes al TAH y de éste a las partes; b) preparar un expediente con las actuaciones de la instancia arbitral que será archivado en la SM; c) llevar a legajo con la documentación relativa a los gastos de cada árbitro

Tanto el Protocolo como el reglamento confieren a la SM funciones administrativas y judiciales. Esto no resulta del todo conveniente, en razón de que TPR cuenta con su propia secretaría, en la cual deberían concentrarse todas las funciones judiciales, con la posible excepción del pago, que debería efectuarse vía la SM, que es la que maneja el presupuesto del Mercosur.

Luego de notificadas las Partes del inicio de la controversia, debe procederse a la designación de los árbitros, los que de acuerdo al PO serán designados de la siguiente manera:

Cada Estado Parte en la controversia designará un árbitro titular de la lista del país<sup>19</sup>. Si no lo hiciera dentro del plazo señalado (lo cual podría ser interpretado como un expediente dilatorio para evitar la controversia), la SM se verá obligada a sortear un árbitro de la lista del país que debe participar en la controversia en el plazo de quince días de la fecha en que se comunicara la iniciación del procedimiento.

El tercer árbitro es nombrado de manera diferente a lo establecido en el derogado Protocolo de Brasilia. En efecto, se prevé en el actual PO que habrá una lista de terceros árbitros, para los cuales cada Estado Parte debe nombrar cuatro, de los cuales uno de ellos por lo menos debe ser nacional de un país no integrante del Mercosur. También se nombra un suplente para el caso que el titular no pudiera cumplir, por cualquier causa, sus funciones. El nombramiento del tercer árbitro se hará de común acuerdo entre los Estados Partes en el plazo de quince días. La SM procederá a designarlo por sorteo de entre los integrantes de la lista de árbitros, siempre tomando en consideración que deben ser excluidos los nacionales de los Estados Partes<sup>20</sup>.

---

interviniente, los pagos efectuados y los correspondientes recibos; d) prestar todo el apoyo que le sea solicitado por el TAH y por las partes en la controversia.

<sup>19</sup>Prevista en el artículo 11.1 del Protocolo en el plazo de quince días, contado a partir que la SM haya comunicado a los Estados Partes en la controversia la decisión de uno de ellos de recurrir al arbitraje. Al mismo tiempo se nombrará de la misma lista un suplente que reemplace al titular en caso que éste no pudiera cumplir con su cometido.

<sup>20</sup>Los terceros árbitros deben notificar a la SM en un plazo de tres días la aceptación o rechazo de la designación. En el Reglamento dice que el sorteo será a pedido de una de las Partes. La regla parece inoportuna, desde que es una obligación de la SM proceder de esta forma, sin necesidad de instancia de parte. En este caso, la SM debe actuar de

Accioly cuestiona el nombramiento de árbitros que no provengan del bloque, en los siguientes términos: *“A veces la interferencia de árbitros ajenos al mecanismo de solución de controversias específicos para un bloque regional puede traer interpretaciones y decisiones no conformes al sistema al cual debe ser sometido la controversia. Sería el caso de un árbitro, por ejemplo, que provenga de uno de los países de la Unión Europea, que puede traer consigo una mentalidad supranacional, ya incorporada a su formación internacional, lo que muchas veces influye negativamente en la decisión arbitral”*<sup>21</sup>.

Sin embargo, los árbitros de terceros países, son personas de notoria formación jurídica, que deben saber, y lo saben, que el bloque Mercosur es interestatal y no supranacional.

Las reglas de procedimiento según el PO serán dictadas por el propio Tribunal *ad hoc*, los cuales deberán tomar como referencia las Reglas Modelo ya aprobadas por el CMC<sup>22</sup>.

*a. La lista de árbitros:* Tanto la lista de árbitros de los Estados Partes como la de los terceros árbitros ya están conformadas. Sin embargo, es interesante acotar que cada Estado parte tiene el derecho de modificar la lista de árbitros, en tanto no haya una controversia a ser iniciada. Esto tiene lógica pues puede suponerse el interés de un país en modificar la lista para incluir a alguien en especial, lo cual contraría el espíritu del PO.

---

oficio, pues es fácil percatarse que el PO pretende agilizar los procedimientos, y dejar de lado la burocracia siempre entorpecedora. El sorteo, siempre a estar por el reglamento, se realizará dentro de los tres días de recibido el pedido de una de las partes (se presume que el Estado Parte que tenga interés en la controversia será la que excite el procedimiento). Se dejará constancia de lo actuado en un acta extendida por la SM. Los árbitros designados, una vez notificados deberán expresar, mediante declaración firmada, lo que sigue: a) Aceptación de la designación. b) No encontrarse comprendido en causales de excusación. c) Mantener reserva sobre la información recibida y las actuaciones vinculadas. d) Actuar con independencia, honestidad e imparcialidad y no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las Partes, y no recibir remuneración alguna que no sea de honorarios previstos en el PO. e) Aceptación de la convocatoria para actuaciones posteriores al laudo conforme los capítulos VII y IX del PO, sobre los que volveremos más adelante. Ver PO art. 10°, 3.1, 2, 3, 4.

<sup>21</sup> ACCIOLY, ob. cit., pág. 40.

<sup>22</sup> Reglas aprobadas por la Decisión Mercosur CMC N° 30/04.

*b. Representantes y asesores:* El PO (art. 12) obliga a las partes a designar un representante en la controversia. No dice la manera en que debe acreditarse dicha representación. En el caso del Paraguay debería ser efectuada mediante decreto del Poder Ejecutivo, pues éste tiene la administración general del país, y a él le compete esta designación. No parecería, pues, suficiente una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores en el mismo sentido.

Facultativamente, el PO (mismo artículo) también establece la posibilidad de nombrar asesores. No se entiende cuál será la función de éstos en la controversia. Los asesores, que existirán sin dudas, con o sin esta disposición, trabajarán siempre al lado del representante, pero ¿podrán firmar escritos? ¿Podrán intervenir de cualquier otra forma en la controversia? La designación del representante, situación obligatoria, impide cualquier representación conjunta con los asesores, por lo que esta disposición parece irrelevante. Sin embargo, el Reglamento del Protocolo dispone que los asesores pueden participar en las audiencias, debiendo en este caso notificar al TAH y a la otra parte con tres días de anticipación. Parece ser que el reglamento le acuerda a los asesores la calidad de “peritos”, para lo cual sin embargo, en cada procedimiento, hasta tanto no se aprueben las reglas modelo, deberían establecer en qué momento, y con qué calidad actuarán los asesores.

También se dispone en el Reglamento (art. 25) que puede haber un representante suplente para el caso de imposibilidad del titular de actuar, y que hasta tanto los países los designen, son los coordinadores nacionales los representantes naturales en las controversias, por lo que las notificaciones serán efectuadas a los representantes o a los coordinadores nacionales.

Con muy buen criterio, se prevé la unificación de la representación cuando dos Estados partes forman parte de la controversia (art. 26 RPO). Es decir, cuando tienen intereses comunes que defender o sostener.

El reglamento aclara que la unificación importa que las partes unificadas tendrán un mismo árbitro y sostendrán las mismas coincidencias en el planteamiento.

Hay, empero, una frase que sigue a ésta en el art. 26.3 que se presta a dudas. Y es la que se refiere en cuanto al recurso de revisión de las partes unificadas. En este caso se autoriza a que puedan hacerlo individual o en conjunto. Nos parece una norma ambigua, y que se presta a confusiones. Quiere decir en otros términos, que una parte puede aceptar

el laudo del Tribunal *ad hoc* y la otra no, con lo cual, automáticamente la unificación queda rota. Ya no hay unidad de planteamientos, y si los hubiera, debería continuar en forma conjunta, a fin de evitar crear más confusiones y dudas que aclaraciones.

*c. Objeto de la controversias:* Este es un tema de capital importancia, pues se trata nada menos que de delimitar el ámbito dentro del cual se desarrollará la controversia: cuáles son los derechos afectados por las partes que reclaman, y cuáles son las defensas esgrimidas por los países que defienden una postura determinada. En el PO (art. 14º) se establece que el objeto queda delimitado por los escritos de presentación y respuesta, no pudiendo ser ampliados con posterioridad. Es decir, una vez trabada la litis, mediante los escritos respectivos, ya las partes nada podrán alegar, sino simplemente deberán limitarse a presentar las pruebas pertinentes. Es importante recalcar que los escritos, tanto de presentación como de respuesta deben tener su base en todo lo actuado en las etapas anteriores a la controversia (negociaciones directas, intervención del GMC, etc.).

En el Reglamento del PO (art. 27) se establece claramente cuál es el objeto de la controversia, en los términos que siguen: “El objeto de la controversia estará constituido por hechos, actos, omisiones o medidas cuestionadas por la parte demandante por considerarlos incompatibles con la normativa Mercosur, y sostenidos por las parte demandada, que hayan sido especificados en los respectivos escritos presentados ante el TAH”.

En realidad, esta norma no hace sino continuar con lo que ya estaba establecido en el Reglamento del Protocolo de Brasilia aunque no en éste mismo. Precisamente se lo reglamentó porque en las dos primeras controversias el tema fue discutido. En este sentido manifiesta Accioly<sup>23</sup>: “A partir del tercer laudo arbitral del Mercosur, se pasa a fundamentar el objeto de la controversia en base al Reglamento del Protocolo de Brasilia”<sup>24</sup>.

Considero sumamente interesante el haberse establecido perfectamente los límites que debe tener la controversia y evitar de esa forma que

---

<sup>23</sup> ACCIOLY, ob. cit., pág. 43.

<sup>24</sup> G. GONZÁLEZ se expresa en el mismo sentido en la pág. 221 de su ya citada obra.

a través de sucesivas presentaciones que no tengan antecedentes se distorsione el sistema de solución de controversias. Debemos tener siempre presente, que nuevo como es el mismo, y tan grande su importancia, debe ser debidamente cuidado tanto legislativamente como en su composición e integración, de modo que se constituya en lo que se espera de él, una garantía para la correcta aplicación del derecho comunitario.

*d. Lista de árbitros para los tribunales ad-hoc:* El artículo 11° del PO se ocupa de la designación de los árbitros que han de entender en los Tribunales *ad hoc*. Y lo hace de una manera detallada y puntillosa, siendo como es una cuestión de fundamental importancia precisamente para dar cumplimiento a lo que se expresa en el párrafo anterior. La designación de juristas de reconocida competencia en las materias objeto de las controversias y tener un conocimiento acabado del conjunto de la normativa del Mercosur, es la mejor herramienta con que cuenta el bloque para que su sistema de solución de controversias -aún imperfecto- por no contar con una justicia permanente, funcione y otorgue a las Partes la tranquilidad suficiente y necesaria en este tipo de emprendimiento. No se olvide lo que decía Sergio Abreu Bonilla<sup>25</sup>: “*La solución de controversias en el Mercosur es el resultado de distintas etapas por las que atravesó el proceso de integración, reflejándose en esta materia el mismo deseo de avance gradual y equilibrado que se iba registrando paralelamente en la integración económico-comercial*”.

La lista de árbitros para los Tribunales *ad hoc*, que deben tener absoluta independencia funcional de la administración pública, no tener interés directo en el objeto de la controversia o su resultado, y no haber intervenido como representante de los Estados Partes en la controversia en las etapas previas al procedimiento arbitral en asuntos o materias relacionados con el objeto de la controversia conforme lo dispone el artículo 35 del PO y 19 del Reglamento del PO.

La ausencia de estos impedimentos es fundamental, pues da a las partes involucradas, la sensación de objetividad que es tan necesaria en este tipo de cuestiones. Cualquier sombra de duda sobre los árbitros pue-

---

<sup>25</sup> S. ABREU BONILLA, *Mercosur, una década de integración*, Montevideo, FCU, 2001.

de desvirtuar todo el proceso, por lo que debe ser celosamente custodiado como uno de los valores claves en este proceso integrador, máxime teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon a la concreción del PO, que no fueron precisamente fáciles, por diversas causas que no vienen al caso analizar ahora.

Es por eso que el Reglamento del PO (art. 19.3) abre la posibilidad de la recusación de un árbitro, pero solamente si concurrieren alguna de las situaciones mencionadas más arriba, recusación a la que el reglamento llama *objeción*, que debe hacerse dentro de los siete días de la notificada la designación, en cuyo caso el Estado respectivo debe nombrar un nuevo árbitro. Sin embargo, en el mismo artículo se establece que si no se probaran los hechos que motivan la objeción, ésta debe ser rechazada. De manera pues que la objeción es esencialmente objetiva, y por las causas expresamente establecidas, y no subjetiva, como puede serlo en los procesos arbitrales comunes.

Cuando un Estado Parte fuere remiso en la designación de su árbitro, y en el entendimiento de que el proceso no debe detenerse por esta causa, la SM procederá a designarlo por sorteo (art. 20° RPO; art. 10'.2.ii,10.3.ii PO). Caben acá los mismos comentarios formulados en cuanto al sorteo del árbitro tercero.

Al momento de la presentación de las listas, lo que ya fue hecho en el caso del PO, pero pensando en el futuro, los Estados partes pueden solicitar aclaraciones con respecto a los propuestos o propuesto si fuere solamente uno, contando para ese efecto de un plazo de quince días a partir de la notificación que le formulara la SM.

Pero también, si hubiera objeciones se dará oportunidad a los Estados Partes, proponente y objetante a que para llegar a una solución toda comunicación sobre estos hechos debe ser por escrito y encaminado a través de la Presidencia *Pro Témpore*<sup>26</sup>.

Transcurridos treinta días sin que hubiera objeciones, se considerará que la lista de terceros árbitros está aceptada (art. 23 RPO. Art. 11.2.ii PO)

Ni el PO si su reglamento hablan del plazo de duración de los árbitros de los Tribunales *ad hoc*, sin embargo, en el RPO se establece que en

---

<sup>26</sup>RPO, art. 23; art. 11.2.ii.P.O.

cualquier momentos los Estados Partes podrán modificar su lista de árbitros, salvo que está en curso la intención de iniciar una controversia.

El Estado Parte que desee modificar su lista deberá comunicar este hecho simultáneamente a la SM y a los demás Estados Partes acompañando sus respectivos *curricula vitae* y estará sujeto al procedimiento de aclaraciones y objeciones a que aludimos más arriba (art. 11.PO; art. 24 RPO).

Como se ve, la SM tiene un papel de suma importancia en la cuestión de los árbitros. Pienso que quizá estas funciones pudieron haberse confiado a la Secretaría del Tribunal de manera a centralizar todos los contenciosos en una sola secretaría que finalmente está específicamente para este tipo de asuntos. La SM ve así innecesariamente recargados sus trabajos en cuestiones en las que debería ser ajena. Solamente debería intervenir cuando se le requirieran fondos ya sea para gastos de los juicios o para honorarios que abonar a los árbitros en razón de que ella administra el presupuesto del Mercosur.

#### *E. El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*

Seguramente el logro más importante del PO es haber conseguido instalar el concepto de un tribunal *permanente*. Si bien en esta etapa se lo concibe como meramente un “tribunal arbitral”, estamos ante un paso previo -muy importante- para la instalación en el futuro de una Justicia Permanente.

Recuérdese que el Tratado de Asunción, establecía en su artículo 3º que: “Durante el período de Transición, que se extenderá desde la entrada en vigencia del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un régimen General de Origen, *un Sistema de Solución de Controversias*, y cláusulas de Salvaguardia que constan como Anexos II, III y IV del presente Tratado”.

En cumplimiento de este mandato del Tratado, los ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Partes firmaron el Protocolo de Brasilia el 17 de diciembre de 1991, de Solución de Controversias, que lejos estaba de cumplir con las aspiración de una Justicia Permanente, pero se entendía que a ello se llegaría por un proceso gradual, y que éste era solamente provisorio, hasta tanto se lograsen adecuaciones constitucionales de los cuatro países, pues había dificultades de ese orden que eran alegadas.

Es importante destacar que la mayor dificultad -que aún subsiste- es el problema de la supranacionalidad. Se trata, en consecuencia, solamente de relaciones interestatales o intergubernamentales.

Se preveía en él que habría tres etapas para la solución de las controversias: la negociación directa, la conciliación, y fracasadas estas dos, se llegaba al procedimiento arbitral. También se preveía la reclamación de los particulares pero, como se ha dicho, con límites políticos casi infranqueables para su utilización<sup>27</sup>.

Al respecto dice Lombardi: *“Este procedimiento se aplicará a los reclamos efectuados por cualquiera de los particulares con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Parte, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del CMC o de las Resoluciones del GMC. Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del GMC de los Estados Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”*. Y, agrega más adelante que: *“Por su parte el artículo 21 del POP establece que, además de las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 16 y 19 del POP, corresponderá a la CCM la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones nacionales de la CCM, originadas por los EP en las demandas de particulares, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 o 25 del PB, cuando estuvieran dentro de su área de competencia. El examen de las referidas reclamaciones en el ámbito de la CCM no obstará la acción del EP que efectuó la reclamación, al amparo del PB”*<sup>28</sup>.

*a. Modificación del Protocolo de Brasilia:* El Consejo del Mercado Común dictó la Decisión 25/00, que al decir de González, *“puede considerarse el origen del Protocolo de Olivos y que instruyó al Grupo Mercado Común a fin de que a través del Grupo Ad Hoc*

---

<sup>27</sup> ACCIOLY, ob. cit., pág. 29.

<sup>28</sup> L. LOMBARDI, *Un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

*‘Aspectos Institucionales’, realice un análisis y presente antes del 10 de diciembre de 2000 una propuesta integral relativa al perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia. Esta Decisión tampoco se refería al sistema permanente, previsto en los textos citados y tanto es así que el resultado final de todos estos trabajos fue el Protocolo de Olivos, modificadorio del anterior”*<sup>29</sup>.

Luego de ingentes negociaciones y dentro del marco de la crisis que se desató en la Argentina en diciembre de 2001, se suscribió el Protocolo de Olivos, ya analizado en varias partes. Ahora nos ocuparemos del Tribunal Permanente de Revisión.

*b. Sede:* El artículo 38° del PO establece que: “La Sede del Tribunal Permanente de Revisión será la ciudad de Asunción. No obstante por razones fundadas el Tribunal podrá reunirse excepcionalmente en otras ciudades del Mercosur. Los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* podrán reunirse en cualquier ciudad de los Estados Partes del Mercosur”.

*c. Composición y organización del Tribunal:* El PO crea el Tribunal Permanente de Revisión que estará integrado por cinco árbitros. Cualquiera de las partes en litigio podrá presentar un recurso de revisión ante dicho Tribunal, contra el Laudo del Tribunal *Ad Hoc*. Este recurso estará limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en la Laudo Arbitral *Ad Hoc*. Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión una vez designados deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque. Esta es una demostración de que se quiere imprimir la máxima celeridad a los trámites como una consecuencia de que éste es uno de los puntos centrales en toda controversia. Una solución buena, pero a destiempo, es igual que una mala solución.

Ahora, cuando intervienen más de dos partes el Tribunal estará integrado por sus cinco miembros. El PO no dice quién preside el Tribunal. Sin embargo, en el RPO se aclara que en este caso el TPR será presidido por el árbitro que no sea nacional en la controversia. Pero ¿qué ocurre si

---

<sup>29</sup> GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 196.

intervienen los cuatro Estados Partes? Mi interpretación es que en este caso debe presidir el quinto árbitro en razón de que éste es prácticamente el árbitro del Mercosur por su forma de designación.

El TPR contará con una secretaría que debe estar a cargo de un secretario de cualquiera de los Estados Partes y tener el título de abogado o de doctor en derecho y preparación adecuada para el cargo.

En las Reglas de Procedimiento del TPR se establece que el presidente dirigirá las audiencias y firmará las providencias de mero trámite y realizará las demás tareas que le encomiende el tribunal debiendo informar de todo lo actuado a los demás integrantes.

El TPR requerirá de la presencia de la mayoría de sus miembros para deliberar.

*d. Procedimiento:* El procedimiento ante dicho Tribunal Permanente se inicia con una demanda y se traba la litis con la contestación del recurso de revisión interpuesto.

Como se sabe, la crítica más fuerte que recibió el PB fue que al contar con tribunales arbitrales *ad hoc*, que nunca estarían integrados por los mismos árbitros, era muy posible que sobre idénticas cuestiones tuvieran fallos diferentes lo que imposibilitaba la creación de una jurisprudencia dentro de Mercosur<sup>30</sup>.

#### *Constitución del TPR*

El TPR tiene un sistema peculiar de constituirse para cada controversia. Es así que difiere si la controversia se traba entre dos Estados o cuando involucre a más de dos. En el primer caso está integrado por tres árbitros, dos de los cuales dos serán nacionales de los Estados Partes y el tercero, que ejercerá la presidencia, se designará mediante sorteo realizados por el director de la SM entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados Partes en la controversia. La designación del presidente se hará el día siguiente al de la interposición del recurso de revisión, fecha a partir de la cual queda constituido el tribunal todos los efectos<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 223.

<sup>31</sup> PO art. 20° 1.

El recurso de revisión debe ser presentado en dos ejemplares: uno dirigido al TPR y otro a la SM simultáneamente. Pero puede que esto no ocurra por razones de comunicación, en cuyo caso se tomará como fecha de la presentación el que sea recibido en primer término, o sea en uno u otro organismo.

Una vez recibido el recurso la SM, el director conformará el TPR de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del PO notificando de inmediato a la ST a sus efectos. También notificará a los árbitros que intervendrán en el caso remitiéndole copia de los escritos respectivos.

El presidente del Tribunal dispondrá el traslado del escrito a la Coordinación Nacional del GMC para lo cual la ST efectuará la pertinente notificación por medios idóneos y deberá requerir el recibo de los citados documentos. En caso de que ambas partes recurran se correrán los respectivos traslados de la misma forma.

En la RPTPR se dispone que: “Todos los escritos serán presentados a la ST, la que extenderá constancia de recibo y dará cuenta de inmediato al TPR, el que dispondrá las comunicaciones necesarias para que las Partes tengan pleno y oportuno conocimiento de los escritos y pruebas”.

Todos los escritos deberán presentarse en cinco o siete ejemplares, de acuerdo con la conformación del tribunal (es decir, si es de tres o cinco miembros). La ST queda con uno y se remiten los demás a los cinco miembros y a la parte contraria.

La contestación se hará también por escrito al TPR a través de la ST, disponiendo el Tribunal en forma inmediata que la otra parte tome conocimiento del mismo. Una vez presentados los escritos se los pondrán a disposición del Presidente, así como de cualquier otra documentación de que se disponga.

Asimismo el Tribunal podrá convocar a una audiencia para escuchar a las partes comunicando la fecha de la misma con diez días de anticipación.

En cuanto a las pruebas en las Reglas de Procedimiento, se establece que: “Cuando el TPR actúe como única instancia las partes deberán acompañar con los escritos las pruebas documentales de que dispongan y ofrecer otras pruebas no disponibles en el momento, solicitando su diligenciamiento”.

El TPR queda facultado a: a) requerir a las partes que presenten dentro del plazo que determine, documentos adicionales o que completen otras pruebas ya presentadas u ofrecidas, que estime conveniente. Puede

además disponer la producción de toda prueba que estime necesaria dentro del plazo que fije y con notificación a las partes. También, si las partes hubieran ofrecido testigos o peritos el TPR tomará los testimonios y escuchará los peritos ofrecidos previo juramento y promesa de decir verdad. Las partes pueden asistir a dichas audiencias y formular las repreguntas o aclaraciones que estimen necesarias.

Puede también, excepcionalmente, el tribunal disponer de oficio, antes del laudo, la producción y el diligenciamiento de nuevas pruebas. Y finalmente también el Tribunal podrá declarar la cuestión de puro derecho y decidir la controversia sin más trámite.

Se regulan también en la Reglas de Procedimiento, cuáles son las pruebas admitidas:

- Declaración de las partes.
- La solicitud de información y presentación de documentos.
- Examen de testigos.
- Dictamen pericial.
- Inspección ocular.

Una vez que se haya dispuesto el cierre del período probatorio, las partes dispondrán de un plazo de siete días para presentar sus alegatos finales.

Por otro lado, las Reglas de Procedimiento prevén que se pueda invitar a los Estados Partes a que manifiesten si los Estados que son terceros puedan presentarse a fin de ser oídas una vez culminado el procedimiento y antes de la emisión del laudo. Si no hay oposición se los invitará para que den a conocer al Tribunal sus puntos de vista con relación a la controversia, en escritos que deberán presentarse dentro de los diez días. Su comparecencia no les confiere el carácter de Estado Parte ni le son vinculantes sus resoluciones. Pero se considera prudente la invitación, tomando en consideración la construcción del derecho comunitario.

*e. El laudo y el recurso de aclaratoria:* Concluidos los trámites el Tribunal dispone de 30 días, prorrogables por otros quince días para la emisión del laudo. Es necesario señalar también el alcance del pronunciamiento del TPR que podrá confirmar, modificar o revocar las decisiones del Tribunal *Ad Hoc*. El laudo del TPR será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal *Ad Hoc*.

Estos son inapelables y deberán cumplirse dentro de los treinta días de emitido el mismo. Sin embargo, las Partes cuentan con el recurso de aclaratoria que deberá interponerse dentro de los quince días siguientes al

de la notificación. El Tribunal dispone de otros quince días para expedirse sobre el mismo.

Si hubiere divergencia sobre el laudo, se debe llevar a conocimiento del Tribunal para que en el plazo de treinta días dirima las cuestiones que le son sometidas a su consideración<sup>32</sup>. En el RPO se establecen disposiciones similares<sup>33</sup>.

*f. Las medidas compensatorias:* El PO faculta a los Estados Partes a tomar medidas compensatorias cuando la otra parte no cumpliera total o parcialmente el laudo arbitral. Dichas medidas pueden ser aplicadas durante un año a contar del día siguiente al que venció el plazo establecido en el artículo 29 del mismo protocolo (30 días). Tales medidas compensatorias pueden ser suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes. El Estado Parte beneficiado con el laudo procurará suspender las concesiones en el mismo sector o sectores afectados. Si ello fuera imposible podrá extenderlo a otro sector. En este caso, el RPO (art. 29 RPO) establece que las medidas deberán incluir datos que permitan comprobar que resulta impracticable o ineficaz aplicarlas en el mismo sector. Justificación que debe ser presentada juntamente con la notificación que se hace de la adopción de las medidas compensatorias.

También pueden haber excesos en la aplicación de las medidas compensatorias, pudiendo en ese caso presentar ante el Tribunal la justificación de su posición. El Estado Parte que las aplica deberá dar toda la información que requiera el Tribunal al respecto para poder juzgar sobre la proporcionalidad de éstas, información que puede ser suministrada a través de la SM o de la ST<sup>34</sup>.

Por otra parte, cuando el Estado Parte que fuera beneficiado por el laudo aplicara medidas compensatorias, por considerar insuficiente el cumplimiento de éste, pero la otra parte considerara que son suficientes, tendrá quince días para llevar la situación a conocimiento del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* o del TPR, según corresponda, el cual deberá pronunciarse sobre ello en el plazo de treinta días.

---

<sup>32</sup> Arts. 28 y 29 del PO.

<sup>33</sup> Art. 42 RPO.

<sup>34</sup> Art. 44 RPO.

Si la parte perdidosa considerara excesivas las medidas compensatorias aplicadas, podrá solicitar al Tribunal, hasta quince días después de su aplicación, a que éste se pronuncie sobre ellas en el plazo de 30 días (art. 29 RPO).

También el PO (art. 32° 2.I) da las pautas al Tribunal para entender en esta cuestión, ellas son: a) que sea en el sector afectado y b) que sean proporcionales a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo. Agrega que para evaluar la proporcionalidad, el Tribunal deberá tomar en cuenta -entre otros elementos- el valor y el volumen del comercio en el sector afectado, así como también cualquier otro perjuicio que pudiera ocasionar la misma. El Estado Parte afectado debe cumplir en el plazo de diez días lo que al respecto decida el Tribunal.

Puede apreciarse que el PO busca en todo momento la aplicación de medidas justas, que no ocasionen perjuicio a ninguna de las partes, como una consecuencia racional de la recurrencia ante el Tribunal.

Vemos pues que los laudos del TPR tienen un vasto alcance jurídico, pues en el futuro tendrá la oportunidad de uniformar el derecho del Mercosur. También tiene mayor trascendencia y valor ejecutivo pues en el caso de su incumplimiento faculta, como se dijo, a tomar medidas compensatorias.

En consecuencia, podemos afirmar que con esta etapa se inicia la creación y desarrollo de la jurisprudencia del Mercosur.

Accioly, sin embargo, no está tan de acuerdo con el Tribunal de Revisión, pues según ella *“un Tribunal de Revisión escapa al paradigma arbitral y da lugar a complicar el cumplimiento decisorio e razón del carácter imprevisible del recurso, beneficiando en última instancia al Estado infractor”*. Y agrega que, *“La agilidad en la resolución de los litigios es fundamental para minimizar los imponderables de un proceso, los eventuales perjuicios y la desconfianza que puede ser mortal para la credibilidad de todo proceso interactivo”*<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> ACCIOLY, ob. cit., pág. 53.

*F. Las medidas provisionales, excepcionales y de urgencia y los tribunales arbitrales*

Una innovación importante del PO es la incorporación de medidas cautelares de urgencia que pueden ser dictadas por los tribunales *ad hoc* y TPR. Ellas son, respectivamente: a) medidas provisionales y b) medidas excepcionales de urgencia.

Las analizaremos por separado tratando de encontrar las diferencias entre una y otra para una mejor comprensión del tema.

*Fi. Medidas provisionales* (art. 15 PO). En cuanto a las primeras, es mi criterio que se trata de medidas de carácter general, que afecten a cualquier clase de controversia en el que estén involucrados dos o más Estados Partes. El artículo 15° del PO dispone que: “*El Tribunal Arbitral Ad Hoc podrá a solicitud de parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños irreparables a una de las partes en la controversia, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños. 2. El Tribunal podrá, en cualquier momento dejar sin efecto dichas medidas. 3. En el caso de que el laudo fuera objeto del recurso de revisión, las medidas provisionales que no hubiesen quedado sin efecto antes de dictarse el mismo mantendrán hasta su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión, que deberá resolver sobre su continuidad o cese*”(mandar como nota).

En el RPO (art. 29) se establecen además algunas condiciones que deben reunir las medidas provisionales y ellas son:

- Designación del tercer árbitro;
- Especificación, por parte de la parte interesada de los daños graves e irreparables que se intenta prevenir con la aplicación de las medidas;
- Arrimar los elementos que permitan al Tribunal evaluar tales daños.

La parte que solicita deberá notificar su pedido a la otra parte, la cual podrá presentar al TAH las consideraciones que estime pertinentes en el plazo de cinco días. Si se adoptaren las medidas éstas deberán cumplirse en el plazo establecido por el Tribunal, debiendo la parte obligada informarle de este hecho.

*F.ii. Medidas excepcionales de urgencia:* En cuanto a las medidas excepcionales de urgencia, ellas están previstas en el PO que dispone en su artículo 24º: “*El Consejo del Mercado Común podrá establecer procedimientos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes*”.

Dicho artículo fue reglamentado por una Decisión del CMC, la N° 23/04 adoptada en Foz de Iguazú y contiene en sus aspectos esenciales cuanto sigue:

Requisitos para que proceda:

- Que se traten de bienes perecederos, estacionales o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve período de tiempo.
- Que fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país reclamado, o
- Que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis del país importador
- Que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte en violación o incumplimiento de una normativa Mercosur vigente;
- Que el mantenimiento de esas acciones puedan producir daños irreparables;
- Que las acciones o medidas cuestionadas no estén siendo objeto de una controversia en curso entre las partes involucradas.

El único Tribunal competente para atender dichas medidas es el TPR, ante el cual deben presentarse la solicitud de adopción de las mismas. Se debe además enviar copia de la solicitud a la Coordinación del Estado Parte peticionado y a la SM.

El TPR para atender dichas medidas estará integrado por la totalidad de sus miembros, es decir, con los cinco árbitros.

El Estado Parte reclamado deberá presentar sus descargos en el plazo de tres días. Sin embargo si fuere presentado fuera de dicho plazo, el TPR lo mismo debe considerarlas.

El Tribunal tiene seis días para expedirse, y ordenar la medida en dicho plazo (nótese que el artículo contiene una repetición innecesaria al respecto). El presidente del TPR se comunicará con los demás miembros

por los medios que considere idóneos y de mayor celeridad. Debe entenderse correo electrónico, fax u otro medio rápido y fehaciente.

En caso de incumplimiento será de aplicación lo dispuesto en el art. IX del PO, es decir, se aplicarán medidas compensatorias.

Cuando el TPR desestime las medidas de urgencia, el peticionante no podrá pedir otra medida relativa al mismo objeto (*non bis in idem*).

Queda abierto el recurso de reconsideración en el plazo de quince días para la parte que se sienta afectada por la medida.

Es pues mi criterio al comparar ambas instituciones, que la segunda se refiere única y exclusivamente a productos perecederos (por ejemplo, hortalizas), y que precisamente por dicha cualidad, son susceptibles de pérdidas irreparables. Hemos tenido demasiados casos en la región que han presentado situaciones como éstas, y que irritan innecesariamente a las partes. Por lo que me parece muy acertada la disposición.

En cuanto a las primeras, se trataría de mercaderías en general, por lo cual el criterio del TPR debe ser más cuidadoso al adoptar cualquier decisión al respecto. Deben medirse prudentemente las consecuencias de ella, ya que de cualquier manera probablemente desembocarán en una controversia, pues otra característica que tienen es que pueden adoptarse sin que exista todavía el laudo en la controversia.

En tanto que las MEU pueden adoptarse antes de que exista controversia. Solamente debe acreditarse el *periculum in mora* y los demás requisitos establecidos en la Decisión 23/04.

Creo que con estas medidas, ambas, se estará asegurando un procedimiento rápido y abreviado que permita a las partes evitar pérdidas cuantiosas o por lo menos importantes a las partes.

## 2. Procedimiento para particulares

Como ya habíamos preanunciado, el PO también ha incorporado la posibilidad de que particulares presenten reclamos para la solución de sus problemas jurídicos. Esto acerca al sistema de solución de controversias del Mercosur a los más destacados a nivel de derecho comunitario comparado.

Es así que el PO trae pues un capítulo especial (Cap. XI) para el reclamo de los particulares. Esta es cuestión de suma trascendencia en

estos temas, pues a pesar de que existen restricciones al respecto, no puede olvidarse que finalmente los que sufren las consecuencias de la violación o no aplicación de las normativas del Mercosur son los particulares, sean ellos personas físicas o jurídicas. No perdamos de vista que las empresas son las que motorizan las actividades económicas de los países, y por lo tanto su protección es obligación de los Estados partes, que encuentran en ellas, no sólo los elementos creadores de fuentes de trabajo sino también el aporte impositivo fundamental para la vida de los Estados. Sin el pago de impuestos, un Estado no puede sobrevivir, por lo que la atención de sus reclamos debe ser una prioridad. No dudamos que en el futuro se permitirá el acceso directo de éstos a los tribunales, sin necesidad de contar con la protección diplomática que hoy es requisito indispensable para ello.

#### *A. Objeto del pedido*

El pedido puede encaminarse cuando exista la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes de medidas legales o administrativas de carácter restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación al Tratado de Asunción, del POIP, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las resoluciones del GMC y de las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

A los efectos de iniciar la reclamación, los afectados deberán formalizar los reclamos ante el GMC de los Estados Partes donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios. Deberán aportar los elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio lo que debe ser evaluado por el GMC y si hubiera necesidad por el grupo de expertos (veremos más adelante quiénes son).

Si no se hubiese encaminado la controversia, la Sección Nacional del GMC del Estado Parte, el GMC del Estado Parte deberá encaminar el pedido al GMC del otro Estado Parte, al que se le atribuye la violación a fin de buscar una solución inmediata a la cuestión. Si no se llegare a una solución, el GMC interviene y puede arribar a dos conclusiones: que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, en cuyo caso se rechaza el reclamo. El PO exige que para esta circunstancia haya *Con-senso*. Si no lo rechaza el reclamo se considera aceptado, en cuyo caso el GMC convocará al grupo de expertos el que deberá emitir su dictamen

en el plazo de treinta días contados a partir de su designación. El Grupo de Expertos debe dar oportunidad al particular reclamante a los Estados involucrados en el reclamo a ser oídos y presentar sus argumentos en una audiencia conjunta.

El grupo de expertos estará conformado por tres miembros designado por el GMC por consenso y a falta de éste por votación de entre la lista de 24 expertos, quedando a cargo de la SM el cómputo para saber qué experto recibió la mayor cantidad de votos. En este caso, el experto no podrá ser parte de los Estados involucrados en los reclamos.

### *B. Lista de expertos, procedimiento y dictamen*

La lista de expertos se formará de una lista de seis expertos por cada Estado Parte. Deben ser personas de reconocida competencia en las cuestiones objeto del reclamo, lista que queda archivada en la SM.

En cuanto a los gastos, éstos serán sufragados en la proporción que estime el GMC, y si no hay acuerdo en montos por partes iguales a ser soportados por las partes involucradas en el reclamo.

El Dictamen de los expertos puede revestir los siguientes puntos:

- a. Admisión del reclamo, en cuyo caso cualquier otro Estado Parte puede pedir la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. En caso de que no lo hiciera el otro Estado Parte afectado tiene abierta la vía arbitral para la solución del reclamo.
- b. Rechazo del reclamo por unanimidad, con lo cual el GMC lo dará por concluido, pero aclarando que queda siempre abierta la vía de la controversia.
- c. Si el rechazo no es por unanimidad se elevarán las distintas posiciones y el GMC dará por concluido inmediatamente el reclamo.

En el RPO se establece que los expertos se reunirán las veces que estimen necesario, pudiendo fijar audiencias para escuchar a los Estados Partes involucrados y a los interesados, siempre respetando el plazo de treinta días para expedir su dictamen. La comunicación se hará por intermedio de los coordinadores nacionales del GMC de los Estados partes involucrados.

Al expedir su dictamen el grupo de expertos deberá tener en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y si fuera el caso cualquier otra cuestión que le fuera indicada por el GMC.

El dictamen debe ser fundamentado y elevado al GMC a través de la presidencia *pro tempore*, la que remitirá copia de inmediato a los demás Estados Partes. El dictamen deberá ser considerado en la reunión ordinaria siguiente del GMC, pero si faltaren más de 45 días podrá pedirse una extraordinaria.

### 3. *Las opiniones consultivas*

Como ya adelantamos, el PO incorpora, además de su sistema de solución de controversias analizado *ut supra*, la posibilidad de que se planteen opiniones consultivas. La trascendencia de éstas para el desarrollo de un rico y efectivo derecho comunitario del Mercosur nos obliga a un breve análisis de tan importante instituto.

#### A. *La Unión Europea y la cuestión prejudicial*

En Europa ha sido decisiva para la conformación del derecho comunitario la estrecha cooperación que existió (y que sigue existiendo) entre el Tribunal de Luxemburgo y los tribunales de los países que integran la Unión Europea. Esta cooperación tuvo lugar a través de lo establecido en los Tratados CECA y CEEA, además de otros instrumentos normativos, como el Protocolo de Bruselas. La sentencia del 6 de octubre de 1982 dictada por el de Luxemburgo expresaba en ese sentido<sup>36</sup>.

En otra sentencia, dictada en 1987, el mismo Tribunal se mantuvo en la misma tesitura<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Sentencia del 6 de octubre de 1982. Cilfit (283/81, Rewc. P 3415. “cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación de una norma de derecho comunitario contenida en los Tratados o en una disposición de derecho derivado, si lo considera necesario para resolver un litigio del que está conociendo. Los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno están obligados a someter al Tribunal de Justicia las cuestiones de interpretación que se le planteen, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia o cuando la manera correcta de aplicar la norma comunitaria sea de todo punto evidente”.

<sup>37</sup> Sentencia del 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik C-143 y C-92/89, p. 1.415. “El Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre la validez de las disposi-

Alonso García alude a ello como “cuestión prejudicial”, y expresa: *“A tal necesidad responde la cuestión prejudicial, mecanismo de cooperación judicial cuya finalidad no es otra que colocar a una institución comunitaria, el TJCE, como órgano encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por la correcta interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, extendiendo la ‘comunidad’ alcanzada en la fase de producción normativa a la fase de su ejecución material, en última instancia por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”*<sup>38</sup>.

Traemos a colación aquí a la “cuestión prejudicial” del derecho comunitario europeo por el paralelismo que ésta guarda con la figura de las “opiniones consultivas” consagrada por el Protocolo de Olivos, la cual será objeto de análisis en este apartado.

Es importante resaltar lo que decía otra sentencia del Tribunal de Justicia, de la Comunidad Europea en 1987: “El Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre la validez de las disposiciones y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad. Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos. Todo órgano jurisdiccional nacional, incluso aquellos cuyas decisiones sean susceptibles de recurso, ha de

---

ciones y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad. Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos. Todo órgano jurisdiccional nacional, incluso aquellos cuyas decisiones sean susceptibles de recurso, ha de dirigirse al Tribunal de Justicia cuando pretenda cuestionar la validez de una disposición a un acto comunitario”.

<sup>38</sup>R. ALONSO GARCÍA, ob. cit., pág. 221. Y continúa diciendo el citado jurista: *“En su virtud, los órganos jurisdiccionales nacionales, en el marco de un litigio pendiente ante ellos, pueden o deben, según sus decisiones sean o no susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, dirigirse al TJCE solicitando un pronunciamiento acerca de dudas sobre la interpretación del Derecho Comunitario cuya solución se presente innecesaria para permitirle resolver el litigio que tienen ante ellos monopolizando el TJCE en todo caso los juicios negativos sobre la validez de la normativa comunitaria”*. Añade el mismo autor que la cuestión prejudicial *“permite así, en primer lugar, enmarcar toda la validez de todo el Derecho derivado generado por el aparato político del sistema comunitario...y permite en segundo lugar, y admitida la validez de la norma, fijar a través de la intervención del TCE su interpretación uniforme, a respetar por los órganos jurisdiccionales de todos los estados miembros”*.

dirigirse al Tribunal de Justicia cuando pretenda cuestionar la validez de una disposición a un acto comunitario”<sup>39</sup>.

### *B. La opinión consultiva en el Protocolo de Olivos*

El Protocolo de Olivos contiene una sola disposición relativa a las opiniones consultivas, por lo cual la regulación de la figura que se desprende del instrumento no resulta del todo completa. Ésta se halla prevista en el artículo 3 del Capítulo III del Protocolo en cuestión, de la siguiente manera: *“El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos”*.

A efectos de una mejor comprensión de esta figura, consideramos oportuno acudir a la normativa que sobre la materia se ha establecido en la Comunidad Andina, la cual resulta más detallada y completa. El artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, prescribe lo siguiente: *“Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros”*.

La disposición transcrita confiere al Tribunal competencia para interpretar las normas comunitarias, con la finalidad de que éstas sean aplicadas en todos los países miembros de manera uniforme. De esta manera se responde a exigencias básicas de uniformidad y coherencia, sin las cuales resulta impensable la construcción de un auténtico derecho comunitario.

El siguiente artículo del mismo tratado prevé que *“los jueces nacionales que conozcan de algún proceso en el que se deba aplicar o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento*

---

<sup>39</sup>No obstante, cuando el juez nacional tenga serias dudas sobre la validez de una disposición o de un acto de la Comunidad que sirva de base a un acto interno, puede de modo excepcional, acordar la suspensión provisional u otro tipo de medida cautelar respecto del acto nacional. En tal caso está obligado a someter al Tribunal de justicia la cuestión de validez. Sentencias del 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik (C - 143/88 y C - 92/89 Rec. p. -415 y de 9 de noviembre de 1995, Atlanta (C -465/93, Rec. p. I - 3761).

*jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente la interpretación al Tribunal*". Esta disposición reviste una especial importancia. La participación de los jueces nacionales en la formación del derecho comunitario resulta esencial. Solamente de esta manera pueden despejarse las dudas que puede suscitar la aplicación de un derecho que está más allá del derecho nacional, lo cual se agudiza cuando un proceso de integración está en su etapa embrionaria.

Esta disposición es fundamental. La participación de los jueces nacionales en la formación del derecho comunitario es clave. Solamente con ello pueden despejarse las dudas que implica tener que aplicar un derecho que está más allá del derecho nacional, lo cual muchas veces, al comienzo del proceso de integración, es de muy difícil comprensión. Pero por otra parte sin hacer esto, es imposible avanzar en él. En este sentido se ha expresado el Tribunal de Luxemburgo. De modo que los jueces, cualquiera sea su jerarquía, pueden requerir directamente una opinión al Tribunal de Luxemburgo cuando se encuentren ante la duda que se les plantea al resolver una cuestión donde deba entrar en juego el derecho comunitario.

También en el artículo siguiente, el Tratado Justicia Andina aclara en forma bien diáfana cuál es el alcance que debe tener la opinión del Tribunal, el cual debe limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman la Comunidad Andina, y siempre referida al caso concreto, pero le está vedado al Tribunal, como es lógico, interpretar el derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. Esta es una defensa al derecho interno, una barrera natural que se pone al Tribunal para que éste no cometa excesos, ni pretenda inmiscuirse en cuestiones internas de los países. Solamente se expide sobre lo que es derecho comunitario y sólo en la interpretación de las normativas.

En el Estatuto del Tribunal de Justicia Andina se hace una discriminación entre aquellas cuestiones que son susceptibles de recurso dentro del derecho interno y aquellas que no lo son. En cuanto a las primeras, la consulta prejudicial es simplemente facultativa, ya que seguramente se piensa que en grado de apelación la cuestión puede resolverse pues en esta instancia puede reverse la aplicación equivocada que pueda hacer una instancia inferior del derecho comunitario. Cuando el asunto no fuere susceptible de recurso dentro del derecho interno de cada país,

la consulta deviene obligatoria. Por las mismas razones apuntadas en el párrafo anterior<sup>40</sup>.

El Estatuto sigue puntiliosamente reglando las condiciones y requisitos que deben reunir las cuestiones prejudiciales. También es importante resaltar que la consulta se vuelve vinculante para el juez que la ha solicitado, siendo además su obligación remitir la sentencia que recaiga en el expediente de la consulta al Tribunal. Es una suerte de control que ejerce el Tribunal para que sus interpretaciones sean debidamente aplicadas. Veremos que en cuanto a la obligatoriedad o que sea vinculante la consulta, el Protocolo de Olivos y sus reglamentos tienen otra visión.

### *C. La opinión consultiva en el Reglamento del Protocolo de Olivos*

Ya el Reglamento del PO, notando la deficiencia del Protocolo en esta materia, se ocupó de manera mucho más cuidadosa sobre este tema -se repite- central dentro del derecho comunitario.

---

<sup>40</sup> Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Art.122. “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente y mediante simple oficio, la intervención del tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”. Art. 123. “Consulta obligatoria. De oficio a a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuera susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante oficio, la interpretación del Tribunal”. “... la resolución de remisión y los documentos pertinentes deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional mediante correo certificado (dirigido a la Secretaría de Justicia de las comunidades europeas) hasta que se dicte la sentencia, la Secretaría del Tribunal de Justicia se mantendrá en contacto con el órgano jurisdiccional nacional, al que transmitirá copia de los sucesivos documentos (observaciones escritas, informe para la vista y conclusiones del abogado general). El Tribunal de Justicia también transmitirá su sentencia al órgano jurisdiccional remitente encareciéndole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal y le envíe llegado el caso, su decisión definitiva”.

Es así como nueve artículos del reglamento se ocupan de la opinión consultiva, aunque en algunos casos se notan dificultades para una interpretación clara, lo que han dado lugar a opiniones, aunque informales, sobre su alcance.

Es interesante resaltar lo que dice respecto de las opiniones consultivas el destacado jurista brasileño Pimentel: *“El segundo mecanismo del Protocolo de Olivos que podemos considerar independiente del procedimiento de solución de controversias propiamente dicho, es la opinión consultiva, que debe ser dada como parecer del TPR pues no tendría efecto vinculante ni obligatoriedad. A dicha opinión consultiva pueden acceder los Estados Partes del Mercosur, actuando conjuntamente; el CMC, GMC y la CCM; y los Tribunales superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional”*<sup>41</sup>.

En el primer artículo se dispone que podrán solicitar opiniones consultivas “todos los Estados Partes, actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del Mercosur y los *Tribunales Superiores de los Estados Partes* con jurisdicción nacional en las condiciones que se establecen para cada caso”.

Aquí pueden surgir distintas hipótesis, a saber:

a) Requerimiento de todos los estados partes, conjuntamente.

Esta es una de las hipótesis que contempla el Reglamento. Cuando hubiera dudas sobre la aplicación de una norma comunitaria, se la plantea al TPR pidiéndole una interpretación tendiente a evitar que se produzca una controversia. Lo hace como una cuestión previa, en la que no hay juicio alguno en ninguno de los Tribunales de los Estados Partes. Es interesante acotar lo que dice Pimentel a este respecto<sup>42</sup>.

b) En el artículo siguiente dispone que los Estados Partes, el C.M.C. el GMC o la comisión de comercio del Mercosur podrán solicitar opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el trata-

---

<sup>41</sup> L.O. PIMENTEL, ob. cit., pág.181.

<sup>42</sup> L.O. PIMENTEL, ob. cit., pág. 182. “Parece que no es posible establecer una interpretación restrictiva del Reglamento del Protocolo de Olivos (art. 3.2) sobre la consulta a ser promovida por un Estado Parte y canalizada por la Presidencia Pro Tempore, porque el prerrequisito del consenso sobre su objeto y contenido puede desvirtuar su solicitud”.

do o en los protocolos, acuerdos, decisiones y resoluciones del GMC y de la Comisión de Comercio. De modo que es amplísimo el espectro de cuestiones que pueden ser sometidas al Tribunal en forma de opiniones consultivas. De ahí su importancia y la gravitación que pueda tener para el futuro de la integración. Y sobre todo la importancia que puede tener como acción preventiva tendiente a evitar una futura controversia con otro Estado Parte. Si bien he sostenido que las controversias son naturales a todo proceso de integración, también debe admitirse que ellas desgastan, a veces innecesariamente, a los países envueltos en ella, ya que exige negociaciones diplomáticas, técnicas y cada persona que interviene puede ir deteriorando la relación.

c) La cuestión se vuelve un tanto más complicada cuando en el artículo 4 del Reglamento se habla de que el TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes y, aclara, con jurisdicción nacional. Esta aclaración es pertinente, pues dentro del bloque están dos países que tienen gobierno federal: Argentina y Brasil, y dos: Paraguay y Uruguay que tienen gobierno unitario.

En este caso el Reglamento ya se refiere a cuestiones que son litigiosas y que están pendientes de decisión en los tribunales.

Un punto que no queda claro es cuáles son los tribunales superiores de justicia. A mi entender son las cortes supremas de los Estados partes. Estas son las que deben recibir de los juzgados y tribunales inferiores los pedidos y deben darle trámite. Dar trámite significa, a mi criterio, estudiar si corresponde o no que éstas sean giradas al TPR. No como lo entienden algunos, equivocadamente, que los tribunales deben necesariamente hacerlo. Es más, creo que los tribunales superiores deben actuar de filtro, para evitar que las consultas sean mal dirigidas o innecesarias o simplemente utilizadas por alguna de las partes involucradas en el litigio como mero expediente dilatorio. Sin embargo, merecen citarse parte de las conclusiones a que arribaron en el comité de expertos reunidos en Asunción, entre el 9 y el 14 de agosto de 2004<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup>El Comité de Expertos considera, a la luz del Reglamento de Olivos entre otras cosas que: "Entrando ya en el terreno sustantivo del mecanismo consultivo este das que pudiera suscitar la redacción del Reglamento de Olivos que: 1) Cualquier Tribunal nacio-

Debe quedar claro, sin embargo que, pienso, en esta reunión primó el criterio de los expertos europeos quienes están por la amplia libertad de consulta, hecho que a mi entender debe establecerse gradualmente, de manera a ir acostumbrando a los jueces nacionales a utilizar esta herramienta, que al fin de cuentas facilita enormemente su trabajo pues tiene quien interpreta por él, y además quien lo hace está sumamente especializado.

Al respecto expresa Araújo: *“En ese sentido, el aspecto referente a una sólida motivación de las decisiones asume un papel decisivo en la futura adopción por los tribunales nacionales de su interpretación de la legislación comunitaria, dictada a través de las opiniones consultivas. Sólo así se promoverá el fortalecimiento del Estado de derecho en el Mercosur; a través de una confianza adquirida en su arquitectura judicial. Cómo se dará la convivencia entre los predicados internos de independencia de la función judicial, presente en todas las constituciones de los países miembros, con la acepta-*

---

nal puede solicitar una opinión referente a la normativa del Mercosur, siempre que se vincule con causas de las que esté conociendo; 2) pese a las dudas planteadas, la opinión es susceptible de versar tanto sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, como sobre la validez misma a la luz del propio ordenamiento del Mercosur; 3) los tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes son los encargados de actuar como eslabón formal entre la judicatura nacional y el TPR, procediendo a dar trámite ante este último a la opinión consultiva solicitada; 4) en la medida en que esa conexión formal debe producirse al más alto nivel protocolario y de manera uniforme, debe aclararse que son las Cortes Supremas de los Estados Partes las encargadas de dar trámite a las consultas ( esto es: en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Brasil, el Supremo Tribunal Federal; en Paraguay, la Corte Suprema de Justicia y en Uruguay la Corte Suprema de Justicia; 5) debe también aclararse que el papel de las Cortes Supremas *ad intra* debe limitarse a dar traslado de la opinión solicitada al TPR, sin entrar a ningún tipo de control acerca de la relevancia o pertinencia de la opinión solicitada, reservado al propio TPR; lo contrario exigiría proceder a un complejo -y delicado desde el punto de vista político- proceso de armonización acerca del alcance de los poderes de las Cortes Supremas de los Estados Partes a la hora de ejercitar el referido juicio de relevancia o pertinencia (pues de no ser así se correría el grave riesgo de quebrar la uniformidad en la solicitud de la opinión, al poder establecer cada Estado Parte diferentes reglas al respecto), al tiempo que podría alejar al Juez nacional ordinario y con ello a las partes implicadas en el litigio, y en última instancia al ciudadano mismo- de un contacto directo con el Juez de Mercosur”.

*ción del papel del TPR el emitir opiniones consultivas dirigidas a los jueces nacionales, será objeto de delicada ingeniería judicial”* <sup>44</sup>.

La preocupación de Araújo es lógica, si se piensa con los criterios estrechos que a veces mantienen nuestros jueces. Pero si las propias cortes supremas imprimen ritmo a estas cuestiones, que son de capital importancia para pensar en la integración en serio, no debe ser motivo de alarma. Por eso recurro nuevamente al informe preparado por el Comité de Expertos de la Unión Europea <sup>45</sup>. Creo que la insistencia sobre este tema es de suma importancia, pues de ello dependerá en gran parte la comprensión que se pueda tener de él a través de los jueces nacionales, que como es de suponer, tendrán sus dudas, sobre el recorte de sus competencias (lo que en la práctica no existe) y de su atribuciones como magistrados.

#### *D. Requisitos de la opinión consultiva en el Protocolo de Olivos y en su reglamento*

El siguiente artículo, el 5º, establece los requisitos que debe reunir una opinión consultiva. En primer término “debe ser hecha por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se rea-

---

<sup>44</sup>N. ARAÚJO, “El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y las opiniones consultivas: análisis de los laudos arbitrales, su vínculo con el ‘common law’ y algunas ideas para el futuro”. Trabajo inédito entregado personalmente por la autora en ocasión del encuentro de Presidentes de Cortes Supremas de Mercosur en Brasilia, noviembre de 2004.

<sup>45</sup> “Aclarada como está la inexistencia de la más mínima relación jerárquica entre el TPR y las judicaturas nacionales, debería hacerse hincapié en que ello no es óbice para asentar el dialogo entre ambos niveles en una leal cooperación, imprescindible no ya para el funcionamiento cabal de la arquitectura judicial del Mercosur, sino del sistema mismo de integración que genere además la confianza del ciudadano en una justicia ajena a cualquier atisbo de “guerra entre jueces” a tiempo que le hace partícipe de la misma llegado el caso, de la defensa de sus intereses ante el propio (por lo que no debiera establecerse ningún tipo de cortapisa a la hora de reglamentar la presencia ante el TPR de las partes litigantes en el Proceso nacional). Es más, la incorporación expresa de una cláusula de cooperación leal no haría sino reforzar la idea de un dialogo entre jueces, alejado, como se subrayó, de monólogos en términos jerárquicos”.

liza la consulta y las razones que lo motivan, indicando las normas de Mercosur vinculadas a la petición. Asimismo deberá acompañarse, si correspondiere toda la documentación que pueda contribuir a su diucidación”.

No está de más que el Reglamento haya previsto la forma en que deben formularse las consultas, pues eso ayuda sobremanera a uniformar las presentaciones, lo cual no carece de importancia en el inicio de la construcción de la integración.

#### *E. Integración del Tribunal Permanente de Revisión para las opiniones consultivas*

La integración del TPR a los efectos de emitir la opinión consultiva también ha sido materia de reglamentación. Debe acotarse en este lugar que el Protocolo de Olivos y el reglamento ha establecido un sistema muy particular para la integración del Tribunal Arbitral Permanente, desde que hace depender de distintas circunstancias para su integración y la elección del presidente en cada caso. Es por esa razón que en las Reglas de Procedimiento establecidas por el TPR se dispuso que para las cuestiones no judiciales sea presidente del TPR el quinto árbitro. Volveremos más adelante sobre este particular. Lo que sí queda claro desde el inicio es que para emitir las opiniones consultivas el TPR debe estar integrado por los cinco miembros. Y aunque no lo dice el Reglamento, de acuerdo a la disposición antes citada, presidirá esta reunión el quinto árbitro. En el mismo artículo se establece que, recibida la solicitud del secretario procederá a comunicarla inmediatamente a los miembros del Tribunal, con lo que una vez más se ratifica el carácter de permanente de éste y la disposición también permanente que deben tener los miembros. Esto se manifiesta ante algunas dudas surgidas de órganos técnicos del Mercosur sobre el carácter permanente del mismo, con lo que demuestran un desconocimiento absoluto del Protocolo de Olivos y del funcionamiento del Tribunal. El hecho de que más adelante se establezca que podrán comunicarse por correo electrónico o vía fax no significa que no funcione el Tribunal, sino todo lo contrario, solamente se establecen modos modernos de comunicación, como corresponde, para que la tecnología pueda también estar al servicio del ideal de la justicia pronta.

En el inciso 3 del artículo 6 se establece que los miembros del Tribunal decidirán de común acuerdo quién de ellos tomará la tarea de coordinar la redacción de la respuesta a la consulta. Y agrega el mencionado artículo que en caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, el *presidente del Tribunal* designará por sorteo al árbitro que desempeñará esta tarea. Me parece una norma excesivamente reglamentaria y por tanto innecesaria, y contiene además un descuido que merece ser resaltado, y es que el TPR no tiene, en el Reglamento, un presidente. El tema fue resuelto recién en las Reglas de Procedimiento de la manera que se expresara más arriba. De lo contrario no se sabría nunca quién tiene que convocar o designar por sorteo como está previsto y acaba de analizarse.

También en este artículo que comento, se prevé que en las Reglas de Procedimiento se establezcan las pertinentes a las opiniones consultivas, lo que fue cumplido desde las primeras reglas aprobadas por el Tribunal y aun pendientes del aprobación por el C.M.C.<sup>46</sup>.

#### *F. Forma y plazo en que debe emitirse la opinión consultiva*

El artículo 7 del Reglamento de TPR establece el plazo y la forma en que el Tribunal debe expedirse, quedando fijado 45 días a partir de la fecha de la solicitud, plazo que parece razonable y, por otra, parte que la emisión de la solicitud debe ser por escrito. En el párrafo siguiente se establece que los miembros del Tribunal no necesariamente deberán reunirse personalmente sino que podrán hacerlo por escrito, intercambiando comunicaciones por vía fax y correo electrónico. *Pero nótese lo que viene luego.* Se establece que si fuere necesario reunirse personalmente deberán informar previamente a los Estados Partes para que arbitren los fondos necesarios para asegurar el funcionamiento del TPR. Pareciera que

---

<sup>46</sup>Es bueno destacar desde ya que las reglas de procedimiento fueron tratadas y aprobadas por el Tribunal dentro de los 30 días previstos en el Reglamento, y procedió a remitirlas a los Cancilleres, quienes conforman el CMC. El Presidente Pro Témpore, Brasil, giró al SGT2 y de ahí vinieron una serie de disconformidades que no llegaron al Tribunal sino por vía informal. Debe destacarse que hasta ahora no se ha recibido formalmente de ninguno de los países miembros observaciones al dichas Reglas, por vía CMC, como dice el Protocolo.

estuviéramos hablando de sumas siderales capaces de distorsionar los presupuestos nacionales. Estamos hablando de un pasaje y viático por uno o dos días, en cuestiones que pueden significar de mucha mayor trascendencia para el Mercosur.

El Tribunal está facultado, como es obvio suponer, a pedir todas las aclaraciones que estime conveniente así como que se le remita documentación complementaria que pueda ayudar a emitir una opinión bien fundada. De más está decir que si se piden estas aclaraciones o documentaciones, el plazo de 45 días a que se refiere el artículo anterior no queda suspendido, a menos que a criterio del Tribunal fuera necesario hacerlo. Me parece que la redacción en este último párrafo debiera quedar invertida. Es decir, se suspende el plazo, salvo que el TPR resuelva que es innecesario hacerlo. Debe pensarse que nuestras burocracias funcionan a pleno, y por lo tanto son de reacción lenta, y las aclaraciones o remisión de documentaciones pueden durar días y días.

#### *G. Derecho aplicable a las opiniones consultivas*

El derecho aplicable en las opiniones consultivas está predeterminado en el P.O. en su art. 34 es en el siguiente orden: “a) *Tratado de Asunción*; b) *Protocolo de Ouro Preto*; c) *Protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción*; d) *Decisiones del Consejo del Mercado Común*; e) *Resoluciones del Grupo del Mercado Común y disposiciones aplicables del Derecho Internacional aplicables a la materia*”.

En la segunda parte de este artículo 34 del Protocolo de Olivos se permite a los tribunales *ad hoc* y al TPR resolver la cuestión *ex aequo et bono*, con lo cual se deja abierta que estos casos, al no haber reglas de procedimiento establecidas tanto en el protocolo como en el Reglamento, en cada caso que se decida tratar la cuestión de esta forma, el propio tribunal dicte su reglamento, lo cual nos parece razonable.

#### *H. Contenido de las opiniones consultivas*

También el Reglamento establece la forma en que deben emitirse las opiniones consultivas fijando de antemano qué debe contener: a) una re-

lación de las cuestiones sometidas a consulta; b) resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el Tribunal las hubiese pedido; c) el dictamen del TPR y las disidencias si las hubiera. Además se establece que las opiniones consultivas serán fundadas y suscritas por todos los árbitros. Disposición innecesaria, por obvia.

### *I. Conclusión del procedimiento consultivo*

Este procedimiento que se inicia con el pedido formal de uno de los Estados Partes o en conjunto por los órganos del Mercosur concluye de diversas formas.

Una, cuando el TPR emite la opinión consultiva, de acuerdo por supuesto con los requisitos establecidos en el artículo anterior.

Dos, el TPR puede negarse a expedir la opinión, cuando a su criterio y fundamento no considera posible o necesaria emitirla. El Reglamento prevé el caso de que no disponga el TPR de los elementos necesarios para hacerlo. Me parece una hipótesis difícil que se dé en la práctica.

Tres, también concluye la opinión cuando una de las Partes o ambas deciden ir a la controversia sobre el tema de la consulta, en cuyo caso el Tribunal, al recibir la comunicación sin más trámite debe dar por concluido el procedimiento consultivo.

### *J. Carácter no vinculante de las opiniones consultivas*

El artículo 11 del Reglamento establece un tema fundamental: que las opiniones *no son vinculantes ni obligatorias*. En este punto creo que el sacarle fuerza vinculante a la opinión consultiva es restarle, al Mercosur, el más poderoso instrumento de interpretación uniforme que es precisamente el *desideratum* de la opinión consultiva. Pero veamos la conclusión al respecto de los expertos reunidos en Asunción, en agosto de 2004<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> “Aclarada como está la inexistencia de la más mínima relación jerárquica entre el TPR y las judicaturas nacionales, debería hacerse hincapié en que ello no es óbice para

En esta misma línea de pensamiento Araújo, en el trabajo inédito citado más arriba.

Es una preocupación el hecho de no ser vinculantes las opiniones consultivas, pues si bien por un lado afirma el derecho comunitario al darle coherencia a la interpretación, al quitarle fuerza vinculante, al poder los jueces apartarse según su leal saber y entender, que no siempre estará orientado hacia la integración, la cuestión se torna casi ilusoria.

En este punto quizá sea importante volver sobre la propuesta del Comité de Expertos sobre la “*cláusula de cooperación leal*” que sería el instrumento idóneo para evitar confrontaciones entre los jueces. En ese sentido las recomendaciones del citado Comité incluyen los siguientes puntos: “Dicha cláusula de cooperación leal debería dejar traslucir de algún modo que: ‘1) el pronunciamiento del TPR dirigido a resolver en abstracto una duda acerca del alcance del ordenamiento del Mercosur (esto es, no a resolver el juicio concreto que está en el origen de la opinión solicitada, competencia exclusiva del juez nacional), es un pronunciamiento de alcance general en el sentido que tiene como potenciales destinatarios no sólo al juez remitente sino a los jueces de todos y cada uno de los Estados Partes. 2) Ello en coherencia con la esencia de todo proceso de integración que no es otra que prolongar la integración alcanzada en el estado de producción normativa (una norma única para todos los Estados del sistema) al estadio de su efectiva y concreta aplicación material (una norma única interpretada también de forma única o uniforme en el territorio de los Estados partes)’”.

Las opiniones consultivas también pueden hacerlas los órganos con capacidad decisoria que son: el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado común. Habida cuenta que deben consensuarse tanto el pedido

---

asentar el dialogo entre ambos niveles en una leal cooperación, imprescindible no ya para el funcionamiento cabal de la arquitectura judicial del Mercosur, sino del sistema mismo de integración que genere además la confianza del ciudadano en una justicia ajena a cualquier atisbo de “guerra entre jueces” a tiempo que le hace partícipe de la misma llegado el caso, de la defensa de sus intereses ante el propio (por lo que no debiera establecerse ningún tipo de cortapisa a la hora de reglamentar la presencia ante el TPR de las partes litigantes en el Proceso nacional). Es más, la incorporación expresa de una cláusula de cooperación leal no haría sino reforzar la idea de un dialogo entre jueces, alejado como se subrayó, de monólogos en términos jerárquicos”.

como el contenido de la consulta, entendemos que será un mecanismo poco utilizado, porque si algún Estado Parte duda de la forma en que se aplica en otro una determinada norma, el tema seguramente se hará de manera directa por el Estado afectado.

### *K. El momento de las opiniones consultivas*

Aclarado como está que las Reglas de Procedimiento del TPR, dictadas por éste en tiempo y en forma (aunque no fueron aún aprobadas por el CMC), debo referirme sin embargo a la postura que tiene en TPR en este tema, sobre todo si se tiene en cuenta que se ha utilizado una palabra que parece haber causado escozor en los técnicos, sencillamente por no entender de qué se trata realmente, pues de hacerlo no estaría siendo motivo de cuestionamiento como parece que lo es.

Mención especial merecen los términos “dará trámite”. Si bien la cosa es tan sencilla que no merecería quizá demasiados comentarios, vuelvo a ocuparme de la opinión del comité de expertos reunidos en Asunción, para repetir lo que ellos decían en su conclusión: “Los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes son los encargados de actuar como eslabón formal entre la judicatura nacional y el TPR, *procediendo a dar trámite a las consultas*”. El *resalte* es mío y lo he utilizado precisamente para remarcar que el TPR al dictar sus normas de procedimiento tuvo en cuenta precisamente las expresiones de este comité. Es que dar trámite en derecho significa recibir y procesar un asunto, al que puede dársele varios destinos: rechazarlo, aprobarlo o enviarlo al archivo. ¿Qué tanto puede asustar pues el uso de la expresión dar trámite? ¿Hay acaso algo escondido, misterioso, esotérico en dicha expresión? Nada. Solamente el uso apropiado de un lenguaje jurídico, netamente jurídico, que obviamente difiere del diplomático.

También sería bueno leer a Pimentel, quien opina atinadamente sobre esta cuestión <sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup>“Otro aspecto sobre el cual es posible hacer un cuestionamiento es saber cuál sería el mejor momento, en un litigio interno, para que pueda ser promovida una consulta al TPR. Parece que es en la fase anterior al juzgamiento, en cualquier instancia el momen-

Pienso que el tema es demasiado claro como para seguir abundando en consideraciones sobre él.

Pero debe aclararse que será necesario un entendimiento entre las cortes superiores de justicia y el TPR para que las consultas se conviertan -como deben ser- en un instrumento que sirva al derecho comunitario, a su comprensión y aplicación uniformes, como camino para lograr éxitos mayores.

#### **IV. A modo de conclusión**

Al establecer el Protocolo de Olivos un sistema con carácter más jurisdiccional -con la creación de un Tribunal Permanente de Revisión-, se garantizarán los conflictos con la intermediación, concentración, y sobre todo celeridad en los procesos. Como decíamos al principio, el Mercosur ahora cuenta con un mecanismo más sofisticado para la solución de controversias.

No obstante, debemos señalar que existe aún un camino que transitar para llegar a un mayor perfeccionamiento de la justicia del Mercosur. El propio POP así lo entiende cuando prescribe que antes de finalizar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados Partes realizarán una revisión del actual sistema de revisión de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercosur a que se refiere el Anexo II del Tratado de Asunción.

Ni en la historia de las naciones, ni en la vida humana nada existe que sea permanente o definitivo, pues todo es transitorio, perfectible. El Siste-

---

to en que sería oportuna la consulta sobre la interpretación del Derecho del Mercosur. Lo que implicaría la suspensión del proceso. Adoptando la premisa anterior, considerando el sistema jurisdiccional actual y las normas existentes sobre cooperación judicial, los jueces y tribunales tendrían que solicitar la consulta vía Supremo Tribunal Federal, en el caso del Brasil. Lógicamente que la previsión de un mecanismo de esta naturaleza, va a requerir una modificación de la legislación procesal nacional y de los respectivos reglamentos internos de los tribunales y cortes de justicia; requiriendo también un mecanismo ágil, seguramente descentralizado y con la celeridad propia de las actividades negociales del mercado regional”.

ma del TPR creado por el PO será de gran importancia, un paso muy firme y trascendente para modular un derecho del Mercosur, siguiendo el ejemplo del Tribunal de Luxemburgo de la Unión Europea. Precisamente este Tribunal de Justicia de Europa ha jugado un papel primordial en la evolución de la comunidad. Si la Europa comunitaria ha llegado a ser lo que es, y a ser en la forma que lo es, se lo debe en gran medida a la interpretación que este tribunal ha hecho de las normas.

Pienso que llegará un día en que este Tribunal del Mercosur asumirá la responsabilidad de crear un *corpus iuris* vinculante, tanto para los propios ciudadanos como para los Estados Partes.

Así, el Mercosur se justificará y habrá de ser la herramienta que todos deseamos para el desarrollo en paz, equidad y justicia para nuestros países y sus ciudadanos. El derecho será pues, una vez más, el instrumento capaz de encontrar la realización plena de nuestros pueblos. El derecho podrá, como afirma con prosa galana el ex profesor de la Universidad de Oxford, Ronald Dworkin: *“Colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino para un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. El derecho (será), por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para ser las personas que queremos ser y tener la comunidad que queremos tener”*<sup>49</sup>.

### **Abreviaturas utilizadas**

PO: Protocolo de Olivos

POP: Protocolo de Ouro Preto

PB: Protocolo de Brasilia

RPBV: Reglamento del Protocolo de Brasilia

RPO: Reglamento del Protocolo de Olivos

---

<sup>49</sup>R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, 2ª ed., Barcelona España, Gedisa.

CMC: Consejo del Mercado Común

GMC: Grupo del Mercado Común

SM: Secretaría del Mercosur

ST: Secretaría del tribunal

TPR: Tribunal Permanente de Revisión

TAH: Tribunal Arbitral *Ad Hoc*

RPTR: Reglas de Procedimiento del TPR

## **Bibliografía**

- ABREU, B.S., *Mercosur, una década de integración*, Montevideo, FCU, 2000.
- ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario*, Valencia, Tirant Monografías, 2003.
- *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, CEPC, 2003.
- ASSIS DE ALMEIDA, J. G., *MERCOSUL, Manual de Direito de Integracao*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- BARRAL, W. (ed.), *Tribunais Internacionais*, Fundacao Boiteaux, 2004.
- DREYZIN, A. Y PIMENTEL, L.O., *Solucao de Controversias, OMC, União Europeia e Mercosur*, K. Adenauer, 2004.
- GONZÁLEZ, C. A., *Mercosur, Solución de controversias*, Asunción, Cidsep, 2004.
- LOMBARDI, L., *Un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
- TORRES KIRMSER, J. R., *Dos cuestiones jurídicas del Mercosur*, Asunción, 2004.
- WALD, A., *O Direito Brasileiro e os desafios da economia globalizada*, América Jurídica, 2003.



RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE  
EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,  
PROF. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO \*

*Palabras de presentación por parte del señor académico de número Dr. Horacio Roitman*

Señores académicos, señoras y señores. Tengo el gran placer de presentar a Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, que además de ser un gran jurista como ustedes han podido escuchar en resolución por la cual se lo incorpora como académico correspondiente en el día de hoy, es el mejor amigo, como se refieren en Colombia y una persona de bien. Me une a él una larga amistad de muchísimos años de cultivar una disciplina como ésta. Quiero empezar con este recuerdo íntimo para reflejar su personalidad y alguno de los méritos y éxitos que ha tenido en su prolongada carrera desde su juventud en esta disciplina. El Dr. Jaramillo es uno de los grandes especialistas en la materia de derecho de seguros en Colombia. Comenzó hace muchos años sus estudios y eso le permitió contactarse con todos los especialistas de Europa y Occidente. Es uno de los grandes teóricos del derecho en seguro en Colombia a lo que hay que sumar su participación activa en una entidad de prestigio como es la Asociación Internacional de Derecho del Seguro (AIDA) que diría yo que de todas las asociaciones jurídicas internacionales es una de las que mayor actividad tiene. Y esto no es casual ya que el derecho del seguro es común o igual en todos los países en donde bajo el sistema occidental está desarrollado y esa común circunstancia legislativa ha traído aparejado que los estudios en materia de derecho de seguros se desarrollen de manera paralela en el mundo entero. De allí que la asociación es una entidad

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 20 de mayo de 2011.

importante como entidad intermedia entre los operadores del mercado del seguro y los gobiernos, y diría que de todas las asociaciones que conozco es la que ejerce una influencia directa tanto como en la modificación de las leyes, como en cuanto a la unificación de las normas internacionales, cuanto en el desarrollo científico por cierto. Quiero resaltar en estos aspectos la trascendencia que la AIDA ha tenido en el foro internacional. ¿Por qué me refería a esto? Porque Carlos Ignacio ha sido el presidente durante dos períodos consecutivos y durante su presidencia es cuando se produjeron algunas de las reformas más importantes en materia de derecho del seguro en Colombia. Nosotros no tuvimos la suerte de recibir esa impronta, y en nuestra ley 17.418, a pesar de ser una de las más modernas, la acción directa en contra del asegurador del responsable del daño, es un tema pendiente y una asignatura a la que nosotros deberíamos hacer un esfuerzo para que la ley se reforme. De todos modos, nuestro país tiene otras urgencias y quizás eso pueda esperar un tiempo. Pero es un tema que intelectualmente y en el ámbito académico debemos reflexionar. A Carlos Ignacio lo he podido conocer de cerca no sólo a través de sus obras sino que compartimos en el año 90 durante lapsos bastantes prolongados, una experiencia común de ocho universidades en un proyecto unificado que financió totalmente la Comunidad Económica Europea donde diversos profesores más todos los grupos adjuntos que trabajábamos en adyacencias con nuestras cátedras con la tarea intelectual de tratar de lograr un programa unificador para crear una carrera de derecho del seguro que fuera en esas nuevas universidades reconocido recíprocamente para todos los que cursaban. Simultáneamente, nosotros en Córdoba estábamos desarrollando nuestro curso de especialización en derecho de seguro y esa fue la razón por la cual fuimos incorporados a ese grupo. Allí lo conocí en profundidad y tuve allí la suerte de que compartiéramos en su vieja universidad, la Universidad Javeriana, una semana de intenso trabajo bajo la dirección de sus profesores entonces inminentes profesores de derecho de las obligaciones y del seguro, con quienes hemos mantenido amistad. Yo particularmente la conservo hasta estos días, y después una semana en París lo que no es poca cosa, encerrados en la universidad pero con algunas escapadas que justificaron nuestra estadía. Luego siguió en España, en Colombia y terminó en Córdoba. No tuvimos financiamiento para continuar con el proyecto, pero es un proyecto que está en Bruselas en estos momentos en consideración y esperamos que la comunidad europea lo pueda impulsar. Yo tengo esperanzas

de que lo podremos materializar ya que sería para nuestra universidad y las nueve participantes un logro extraordinario. Finalmente, me quisiera referir aunque sea de una forma muy breve a lo que es su producción jurídica. Es tan vasta que ni se puede resumir en un decreto de resolución y sería hartamente tedioso robar tiempo hoy aquí, más bien escucharlo a él. Pero no puedo dejar de referirme a lo que es su obra de trascendencia de lo que ha hecho. Por supuesto que su centro principal de estudio ha sido el derecho del seguro. Ya ha aparecido el tomo I y va a publicar un tratado en 4 volúmenes de derecho del seguro que va a ser válido en todo el mundo, primero por los caracteres comunes que tiene nuestra disciplina en todas las latitudes en donde existe, pero además de ello condensa la enorme experiencia colombiana que es uno de los países donde el seguro como institución funciona realmente con parámetros extraordinarios. El otro aspecto extraordinario que tiene Carlos Ignacio es que es un estudioso de la historia del derecho. Yo no sé por qué lo hizo, si lo hizo para entender el derecho del seguro o para entender el derecho de fondo del Código Civil. Pero tiene una obra sobre los glosadores y tiene una obra sobre Bártolo que realmente es impresionante. Hay que ir a Bolonia para darse cuenta de qué es la obra de los glosadores; bueno hay que ver su obra para entender en qué consistió en la historia del derecho esa etapa que fue la recopilación, el comienzo de la codificación de las normas y ahí también lo tienen estudiando sobre eso. Por supuesto, como en el contrato de seguro como bien lo ha dicho, es nada más que una instrumentación para el ejercicio del derecho de fondo, la cual tiene tantas vertientes como la responsabilidad civil, la subrogación, la determinación de la cuantía del daño, en fin, temas tan vinculados al derecho de fondo. No dejó de estudiar lo que es la responsabilidad civil, no se quedó sólo en el instrumento y en la forma para poder hacer esto concreto a través del contrato de seguro. Tiene una serie de obras sobre responsabilidad civil. Ahora se está publicando una sobre responsabilidad médica y es un referente obligado en esta materia en todo el continente y en Europa también. Fue miembro de la Corte Suprema a una edad muy joven. Colombia es uno de los lugares en el mundo donde los cargos de los jueces no son vitalicios, sino que son por períodos temporales, él lo ejerció a una temprana edad, estuvo 7 años en la Corte, la mayor parte de ello la ejerció como presidente. Recuerdo haberlo visitado en el nuevo edificio. Ustedes recordarán que los edificios de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en Bogotá fueron volados en un atentado terrorista de los primeros que las FARC

ejercieron en forma cruel. Ya lo visité en el edificio reconstruido que es un modelo de edificio funcional a los fines de la prestación de justicia, pero también es un modelo funcional de práctica del derecho y eso es lo que me hicieron ver los miembros integrantes de la Corte y una secretaria que él tenía en aquella época y sigue siendo todavía el *alma mater*. Bueno todo eso habla de la importancia de los juristas colombianos, de la forma que ellos proyectan lo que han estudiado y lo que han hecho. Finalmente luego de retirarse de la Corte, siendo un abogado de gran prestigio dedicado al arbitraje que es una de las formas de dirimir los conflictos en Colombia, prestigioso abogado en el ejercicio de la profesión, la Universidad Javeriana donde se graduó, lo designó decano, y esa actividad la desempeña hoy como decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y en la que hace muchos años yo he tenido el honor de ser incorporado como profesor visitante, escuela que conozco muy bien y he visitado en tantísimas oportunidades como ellos me han invitado, y he visto ahí dos cosas que me impresionan y creo que esto se lo deben a él. La biblioteca que era una de las más importantes bibliotecas de derecho del seguro que existían en Latinoamérica está íntegramente trasladada a una sala especial de la biblioteca de la Universidad Javeriana, lo que no se encuentre en Bélgica, seguramente estará en Colombia, y eso es unas pocas horas de acá y facilita el estudio y el desarrollo. Yo creo que eso también se lo deben a Carlos, de manera que tenemos una personalidad en el ámbito del derecho de una extraordinaria riqueza. Un hombre polifacético, nadie que tenga estos intereses, que tenga esta proyección puede ser ajeno al arte, a la música, ajeno a todas las disciplinas que en la vida cotidiana enriquecen a una persona. Esto nos ha hecho ser muy amigos, hacernos una visita periódica, mostrarnos en el mundo. Hace poquito estuvimos en Lima juntos en un homenaje al ministro de la Corte Suprema de Argentina. Próximamente vamos a volver a encontrarnos en Colombia en otro homenaje que se hace a otro argentino que es Atilio Alterini, es muchísimo lo que podría decir. Y esta presentación que hoy aquí ha sido formal y dentro de los cánones normales que exigen leer el currículum, he preferido sustituirla por esta otra que era mi vivencia personal, mi conocimiento de una personalidad extraordinaria y que hoy tenemos el honor y la satisfacción de recibirlo como académico correspondiente en nuestra Academia. Después de la formalidad de rigor que es darle el título, la medalla y los aplausos, lo vamos a escuchar en un tema de mucha importancia en nuestra disciplina que es el perfeccionamiento y la prueba en el contrato de segu-

ro. Me anticipo a decir que es uno de los temas claves para los que practican esta disciplina y como ustedes saben, es uno de los pocos casos en los cuales el contrato se celebra o se perfecciona a veces por el silencio, manifestaciones tácitas, por determinadas circunstancias que hacen que en este aspecto de la disciplina sea totalmente ajeno a los cánones habituales de oferta, aceptación, consenso, etc., para que exista contrato. Qué más puedo decirle, es para mí un honor y satisfacción que un viejo amigo, gran profesor, gran académico, nos visite hoy en Córdoba y sea incorporado a nuestra casa.... Bienvenido Carlos Ignacio.



# **PERFECCIONAMIENTO Y PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO. REFLEXIONES GENERALES EN TORNO AL DERECHO COLOMBIANO. PROYECCIÓN INTERNACIONAL \***

por CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. \*\*

**SUMARIO:** I. Preliminares. II. Reformas al contrato de seguro. III. Establecimiento de la consensualidad contractual. El perfeccionamiento del contrato de seguro. A. Generalidades. Significado y antecedentes legislativos previos a la reforma de 1997. B. La prueba del contrato de seguro. Generalidades. C. La prueba documental. D. La prueba por confesión. E. Legislación comparada. Visión internacional en torno al perfeccionamiento y prueba. del contrato de seguro. F. Balance general de la reforma, artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Bibliografía.

## **I. Preliminares**

Con el propósito de abordar los aspectos más salientes de la ley 389 de 1997 de la República de Colombia en el campo del perfecciona-

---

\* Conferencia dictada en sesión extraordinaria del 20 de mayo de 2011.

\*\* Decano académico y catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, y árbitro de la misma entidad. Miembro del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano; miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana y de su Centro de Estudios en Derecho Privado. Miembro electo de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil).

miento y prueba del contrato de seguro, una nueva legislación patria en materia aseguraticia que, al margen de una reforma sistémica, de suyo más reposada, meditada y, sobre todo coherente y conexas, como es menester, a fin de no continuar desvertebrando el Título v del Libro Cuarto del Código de Comercio colombiano reservado a la disciplina del “contrato de seguro”, seguidamente los analizaremos, desde una perspectiva muy general, puesto que nuestro interés es realizar un estudio más descriptivo, reservando su escrutinio más detenido para otra ocasión. Por ahora, baste una mirada panorámica.

## II. Reformas al contrato de seguro

En apretada síntesis, a tono con lo ya referido, es de reseñar que la ley 389 de 1997, en virtud de la cual “[...] se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio”, expresamente se ocupó de varios temas centrales del contrato de seguro, entre otros aspectos más, para nada relacionados con las referidas normas (banca-seguros, ampliación de las facultades a los corredores de seguros, etc.), primordialmente de los siguientes: perfeccionamiento del contrato de seguro (establecimiento de su consensualidad), régimen probatorio del seguro (prueba restringida) y delimitación de la cobertura en los seguros de manejo y riesgos financieros, y en los de responsabilidad (sistema *claims made*).

A continuación, sin más preámbulos, analizaremos entonces los aspectos cardinales de la reforma colombiana de finales del siglo anterior, la que si bien fue efectuada hace casi tres lustros, no ha ocupado la atención de un apreciable sector de la doctrina nacional, desde luego con las notables excepciones que se registrarán a lo largo de este escrito. Ello explica nuestro deseo de realizar el anunciado *excursus* panorámico, al mismo tiempo que un sumario examen comparado, dado que creemos, anticipadamente, que la enriquecida experiencia internacional (legislativa, jurisprudencial y doctrinal), hubiera podido haber tenido más eco del que en efecto tuvo, por vía de ejemplo, tratándose de la aventajada legislación argentina, sin duda modélica en esta y en otras materias, como se refrendará.

### III. Establecimiento de la consensualidad contractual

#### *El perfeccionamiento del contrato de seguro*

En la actualidad, en atención a la prenombrada reforma legal, el seguro en Colombia es un contrato consensual, pues dejó de ser un contrato solemne, conforme lo fue por espacio de más de una centuria, siguiendo el camino trazado por el derecho comparado dominante.

Empero, como no siempre fue consensual el seguro, sino hasta hace relativamente muy poco tiempo, vale la pena registrar su tránsito de negocio de forma específica o solemne a contrato de forma libre o consensual, el cual fue accidentado y controvertido, así hoy no lo parezca, puesto que no es inusual que ello acontezca, dado el proceso de estabilización -o de anestesia- que, de ordinario, suele seguirse a raíz de la adopción de un cambio normativo.

#### *A. Generalidades. Significado y antecedentes legislativos previos a la reforma de 1997*

Merced a la importancia asignada a la voluntad en la Edad Media y en el derecho posmedieval, al contrario de lo sucedido en el derecho romano, sobre todo el preclásico<sup>1</sup>, se tiene establecido que los contratos se perfeccionan de diversas formas, no existiendo, en sede contractual, una única manera, así exista, como existe, una generalizada tendencia a emplear una de ellas: la que aboga por la prístina libertad de forma, o sea por la expresión libre y sin ataduras de la voluntad negocial (regla general), siendo admitidas, claro está, otras maneras de perfeccionarse el acuerdo volitivo, como por más de un siglo tuvo lugar en el derecho vernáculo.

Como es sabido, uno de los temas neurálgicos en la dogmática aseguradora nacional e internacional es el relativo al establecimiento o definición de su perfeccionamiento, vale decir, el momento a partir del

---

<sup>1</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J., *El renacimiento de la cultura jurídica en Occidente*, Bogotá, Universidad Javeriana-Temis, 2004. Vid. También Guido ALFA, *Contratti in generale*, Torino, Furún, Utet, 1990, t. I, págs. 346 y ss.

cual puede entenderse que ha surgido a la vida jurídica, más allá del tema de su eficacia negocial, toda vez que, en principio, perfeccionamiento o floración del seguro, *per se*, no necesaria o indefectiblemente deben coincidir con la producción de sus efectos (*tempus contractus*), temas intercomunicados, aunque no simétricos o idénticos. Por ello es por lo que, en la *praxis*, se alude a “vigencia formal” y a “vigencia técnica”, como conceptos que no forzosamente coinciden, así puedan llegar a coincidir, según las circunstancias, lo que tiene lugar a menudo <sup>2</sup>.

Hasta el año 1997 en Colombia ciertamente el contrato de seguro fue solemne -en estricto sentido a partir de su entrada en vigencia-, no sólo porque así lo registraba, *expressis verbis*, el art. 1036 del Código de Comercio originario (decr. ley 410 de 1971), sino también porque el art. 1046 de la misma codificación, a tono con este categórico enunciado, disponía que “El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza [...]”.

En este orden de ideas, el mero cruce o intercambio de voluntades en una misma dirección, esto es el consentimiento negocial, así fuera paladino, amén de inmaculado, era impotente para el advenimiento del contrato, el que en tales condiciones no veía la luz jurídica, puesto que se requería un *plus*: la suscripción de la póliza de parte del asegurador, única forma reconocida, *ministerio legis*, por el ordenamiento mercantil patrio. De ahí que la póliza de seguro, a la sazón, tuviere asignadas

---

<sup>2</sup> Como acertadamente lo expone el reconocido profesor argentino Rubén Stiglitz, “es factible que las partes estipulen que el asegurador asuma los riesgos tiempo después del perfeccionamiento del contrato o, lo que es lo mismo, posterguen el comienzo material de la producción de los efectos, que no coincidiría naturalmente con la vigencia formal, noción esta última que se identifica con la celebración del contrato”. *Derecho de seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 142. Confr. M. PICARD y A. BESSON, *Les assurances terrestres*, Le contrat d’assurance, Paris, LGDJ, 1982, t. I, pág. 82, quienes observan que “Un contrato puede ser perfecto sin entrar inmediatamente en aplicación; las partes están ligadas definitivamente, pero la ejecución de sus obligaciones puede vincularse a una fecha ulterior”. Confr. Joaquín GARRIGUES, *Contrato de seguro*, Madrid, Aguirre, 1982, pág. 101 y Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 127. En sentido análogo, el recordado y estudioso autor argentino, Dr. Eduardo Steinfeld indica que “No afecta el carácter consensual el posponer el inicio de la cobertura de los riesgos” (*Estudios del derecho de seguros*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pág. 84).

dos funciones: una constitutiva y otra probatoria (función dual)<sup>3</sup>, al contrario de lo que hoy sucede, como se observará ulteriormente, a lo que se agrega que ningún otro medio de prueba era admitido: ni confesión, ni testimonio, ni indicios, etc.<sup>4</sup>.

Por ello entre nosotros, por más de un siglo, según se anticipó, el negocio jurídico asegurático fue catalogado como de forma específica, por oposición a los negocios de forma libre; en la terminología tradicional solemne y, por ende, no consensual, obviamente con algunas reservas, o matizaciones, por estimar inconveniente dicha catalogación *ex lege*, realmente excepcional en la contratación moderna, sobre todo la de estirpe mercantil, en la que ha imperado e impera el postulado de la libertad de forma o de la consensualidad, por excelencia, prueba de lo cual es el contenido del art. 824 del Código de Comercio nacional, a cuyo tenor: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier otro modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llena tal solemnidad”.

Y decimos que más que un siglo, en razón de que el Código de Comercio Terrestre de 1887, elevó a requisito *sine qua non* la existencia de la póliza en su art. 638, el que rezaba, *ad pedem literae*, que “El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, o privada u oficial [...] El documento justificativo del seguro se llama póliza”.

Sin embargo, se subraya el hecho de que en el proyecto de reforma del Código de Comercio de 1958, concebido y estructurado por el ilustre profesor J. Efrén Ossa, expresamente se consagraron dos disposiciones orientadas a la entronización y el desarrollo del atributo de la consensualidad, con todo lo que ello aparejaba.

---

<sup>3</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J., *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Bogotá, Temis, 1986, págs. 111 y ss

<sup>4</sup> Así se expresaba a la sazón, en tiempo presente, el entusiasta y querido profesor Jaime BUSTAMANTE FERRER, en vigencia del Código original de 1971: “*La confesión, las declaraciones de testigos, las cartas u otros documentos, lo que más pueden demostrar es la intención de celebrar el contrato o el hecho de haberlo celebrado, pero no el contrato mismo, porque, para que exista, es necesaria la póliza y sin ella no se pueden establecer ni demostrar las obligaciones de las partes*”. *Principios jurídicos del seguro*, Bogotá, Temis, 1996, pág. 93.

Efectivamente, el art. 861 del proyecto en cita imperaba que “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. Y el art. 870, a su turno, manifestaba que “La póliza es el documento que expresa las relaciones contractuales entre el asegurador, por una parte, y el tomador, asegurado o beneficiario, por la otra [...]”.

Queda entonces claro que aun cuando en un principio en el proyecto de 1958, el Dr. Ossa consideró que el seguro debía ser consensual, en el curso de las deliberaciones en el Subcomité de Seguros, posteriormente (año 1969), se impuso la tesis de la conservación de la solemnidad del contrato, lo que explica la estructura y el contenido de los arts. 1036 y 1046 del Código de Comercio de 1971, hoy modificados por la referida ley 389/97, objeto de nuestro escrutinio mediante este ensayo.

*a. Antecedentes, justificación de la reforma de 1997 y sus alcances (ley 389). Expresa adopción del carácter consensual del contrato de seguro.*

*a'. Antecedentes.* Aunque en el derecho colombiano, por decenios, reinó la visión formalista del contrato de seguro, encaminada a restringir el haz de posibilidades en punto tocante con su perfeccionamiento, finalmente se impuso la tesis de la libertad de forma, según se anticipó, con arreglo a la cual los futuros contratantes podrán expresar su voluntad sin ataduras o formalidades, en concordancia con el art. 824 del Código de Comercio, fiel reflejo del genuino espíritu que orientó la redacción de la codificación mercantil que nos gobierna; el mismo que, en general, campea en el derecho comparado, tanto más en la hora de ahora en la que la globalización, la apertura y la internacionalización se enseñorean en el concierto mundial. Ello explica, como telón de fondo, la adopción de los arts. 1036 y 1046 del Código de Comercio, en su nueva versión, que no fueron adoptados inopinadamente, o sin ninguna argumentación, según se desprende de los diversos debates parlamentarios que, en su oportunidad, les dieron carta de ciudadanía, en atención a la ley 389 de 1997, próxima a cumplir tres lustros, tal y como en su esencia lo había contemplado el maestro Ossa, a quien después de sus fértiles días terrenos terminó reconociéndosele la razón, esa misma que, por lo reseñado, legislativamente, no se le concedió en vida. Empero, su acerado e ilustrado pensamiento terminó por imponerse, a emulación de lo acontecido en la generalidad de las naciones del orbe. Una vez más, el maestro estaba en lo cierto, tanto que,

de vieja data, nos identificamos con su penetrante y lozano ideario en este aspecto -como en millares más-, pues desde 1986, efectivamente, venimos reclamando el cambio <sup>5</sup>.

Explícitas al respecto, fueron las exposiciones y ponencias a los diversos debates que se dieron en el interior del Congreso de la República colombiano, los que en obsequio a la concisión omitimos reproducir, sin perjuicio de su valía intrínseca, pues meridianamente denotan la transformación experimentada. Baste entonces decir que ellos, en lo pertinente, son capitales para poder reconstruir la *voluntas legislatoris* del momento, como se realizará en apartes subsiguientes.

b'. *Justificación de la reforma y sus alcances. El perfeccionamiento del contrato en los derechos privado y público del seguro.* A la vista de las consideraciones que anteceden, es diáfano que en Colombia, a partir de 1997, en desarrollo de la ley 389, el contrato de seguro dejó de ser un negocio jurídico de forma específica o solemne, para traducirse en uno de forma libre o consensual, lo que significa que ya no

---

<sup>5</sup> Es así como en la referida anualidad, con fervor y calor juvenil, comentando el art. 1036, en su versión primigenia, dijimos: “*De esta suerte, el legislador mercantil de 1971 estimó caprichosamente que la forma verbal era insuficiente para desatar los efectos propios del contrato de seguro y recurrió, con daltonismo crónico, a preservarlo como negocio de forma específica calificada [...]. Si el licurgo nacional hubiere seguido las orientaciones de la gran mayoría de legislaciones foráneas, que no hacen más que mantenerse a tono con las necesidades de los asociados, la forma libre sería la llamada a gobernar las relaciones dimanantes del contrato de seguro, y la suscripción de la póliza no tendría una función constitutiva*”. Carlos IGNACIO JARAMILLO J., *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, op. cit., págs. 105 y 112.

Años más tarde, en 1992, específicamente, reiteramos nuestro mismo parecer, así: “*En nuestro sentir, el carácter en cuestión [solemne] requiere metódica revisión, así el legislador de 1990 (ley 45) no haya juzgado conveniente introducir dentro del nuevo escenario juris signado por la desregulación y por el reconocimiento de la autonomía de gestión de la empresa aseguradora, entre otros postulados más (esquema de mercado libre o simplemente de apertura), tan importante reforma, hoy una realidad en la generalidad de la legislación comparada, realidad avalada por la regla -generalísima- que gravita alrededor del derecho contractual contemporáneo in genere (civil y comercial). Nos referimos a la libertad de forma, también conocida como regla de la consensualidad de los negocios jurídicos*”. “Lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Universidad Javeriana y Temis, N° 1, Bogotá, 1992.

será indispensable que el asegurador suscriba una póliza para que el contrato despliegue sus efectos -y menos el tomador-, entendida como un escrito cualificado, siendo suficiente, de por sí, que el consentimiento se materialice sin sujeción a una determinada o concreta formalidad, bastando entonces el entrecruce eficaz de las voluntades del asegurador y tomador, como es propio de todos los contratos consensuales, esos mismos que se perfeccionan “[...] por el solo consentimiento”, a voces del art. 1500 del Código Civil (*solus consensus obligat*). Por eso, en los términos del art. 864 del Código de Comercio, alusivo a la noción *ex lege* de contrato, éste “[...] se entenderá celebrado [...] en el momento en que se reciba la aceptación de la propuesta”<sup>6</sup>, toda vez que en sintonía con lo expresado por el profesor italiano, C. Massimo Bianca, “*En general, el contrato se considera celebrado cuando las partes, de forma válida, manifiestan su consenso actual y definitivo, es decir, su propio acuerdo. Dentro del esquema ordinario de formación del contrato [este] se realiza por medio de la oferta y la aceptación [...]*”<sup>7</sup>.

Dicha aceptación, en lo que al contrato de seguro concierne de nuevo, también está llamada a desencadenar efectos en derecho, pues se considera el momento culminante del negocio jurídico, puesto que abandona su *status* de “proyecto” (art. 845 C.Com.), a fin de traducirse en realidad incontestable del cosmos contractual aseguraticio, en el que ya no se requiere un escrito especial para que se torne eficaz y, de contera, vinculante, muy al contrario de lo que sucedía bajo la regencia del precepto contenido en el art. 1036 primigenio, en el que el intercambio volitivo, por más inequívoco que fuera, era impotente para desatar consecuencias, si no se instrumentaba mediante la póliza de seguro.

---

<sup>6</sup> La aceptación del contrato, lo recrea el ilustre profesor Luis Diez-Picazo, “*es aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta. Constituye, en sentido propio, una declaración de voluntad negocial que puede realizarse de forma expresa o tácita. Su carácter primordial es la concordancia del aceptante con la oferta [...] Como dice Farnsworth, la aceptación es el tramo final del período de formación del contrato, por lo que no puede quedar ningún portillo abierto*”. *Fundamentos de derecho patrimonial*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, vol. I, pág. 352.

<sup>7</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, vol. III, El contrato, pág. 246.

Como sintéticamente lo explícita el afamado profesor de la Universidad de Roma, Antigono Donati, “*el contrato de seguro es consensual y no formal [...], el contrato se forma con el simple consenso bilateral, es decir, con el simple encuentro de la declaración de voluntad de una parte (propuesta) y de la declaración de voluntad de la otra (aceptación)*”<sup>8</sup>. Otro tanto hace la analítica profesora de la Universidad de Lyon, Yvonne Lambert-Faivre -en asocio del profesor Laurent Leveneur-, al manifestar que “*El consentimiento de dos partes, asegurador y tomador, es necesario y suficiente para la formación y la validez del contrato de seguro. Si un escrito se exige, es sólo por razón de la prueba del contrato, por cuanto el contrato se perfecciona por el acuerdo de las partes*”. Por eso afirman que “[...] *es un contrato consensual*”<sup>9</sup>.

En este orden de ideas, así no lo diga expresamente la reforma, dado que las normas derogadas en dos puntuales ocasiones aludían al perfeccionamiento del contrato<sup>10</sup>, en Colombia el seguro se perfecciona, en concor-

---

<sup>8</sup> Antigono DONATI, *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. II, pág. 281. En sentido similar, el agudo profesor argentino Issac Halperin indica que “*dado su carácter de consensual, para que exista contrato es suficiente el acuerdo de voluntades, sin que se halle subordinado al pago de la prima o a la emisión de la póliza*”. *Seguros*, Buenos Aires, Depalma, 1983, vol. I, pág. 255.

<sup>9</sup> Yvonne LAMBERT-FAIVRE y Laurent LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2005, pág. 190. Confr. Muriel CHAGNY y Louis PERDRIX, quienes confirman que “*En desarrollo del artículo L.112-3, según el cual ‘el contrato de seguro se redacta por escrito’, el seguro es consensual. Él se forma por el encuentro de los consentimientos; el escrito es requerido sólo ad probationem, y su ausencia no afecta la validez del contrato*”. *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2009, pág. 116. Vid. André FAVRE ROCHEX y Guy COUTIEU, *Le droit du contrat d’assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1998, pág. 55, y Hubert GROUDEL, *Le contrat d’assurance*, Paris, Dalloz, 1995, pág. 35 y ss., doctrinante que anota que “*Si la ley exige la redacción de un escrito, éste no es necesario para la validez del contrato de seguro; él lo es sólo para su prueba. El contrato es perfecto desde que se encuentran las voluntades del asegurador y del asegurado*” (pág. 36).

En el derecho belga, con provecho, bien puede verse la excelsa obra del profesor Marcel FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, pág. 204 y ss., dado que igualmente se ocupa de la consensualidad del seguro y de la temática alusiva a su prueba.

<sup>10</sup>El inc. 2º del art. 1036 original, hoy abrogado, prescribía: “El contrato de seguros se *perfecciona* desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”. Y el art. 1046, por su parte, en lo pertinente, rezaba: “El documento por medio del cual se *perfecciona* y prueba el contrato se denomina póliza” (bastardilla nuestra).

dancia con normas generales referentes al contrato, desde el momento en que “[...] se reciba la aceptación de la propuesta” (art. 864 C.Com.), ya que ésta, como lo confirma el estudioso profesor Carlos Darío Barrera T., en particular “[...] implica la celebración del contrato y el consecuente nacimiento de las obligaciones de las partes. En el caso del seguro, a partir de la aceptación nacerá tanto la obligación del asegurador de asumir los riesgos como la del asegurado de pagar la prima”<sup>11</sup>.

Es claro, entonces, que para que el negocio jurídico despliegue sus efectos, por regla, bastará la configuración del consentimiento tejido a partir de la *intentio* manifestada por los celebrantes, con total independencia de la expedición del documento denominado póliza, pues como bien lo puntualiza el recordado profesor Juan Carlos Félix Morandi, “*El contrato de seguro es consensual, no solemne ni real, y se perfecciona por el consentimiento de las partes, y los derechos y obligaciones recíprocos de asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza. Por eso no debe confundirse el contrato de seguro [...] con la póliza, porque ésta es sólo su instrumento, por excelencia*”<sup>12</sup>. O como también lo realza el vicepresidente mundial de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros AIDA, profesor Jérôme Kullman, “*el contrato de seguro puede existir aun ante la ausencia de todo escrito*”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Carlos Darío BARRERA, “La formación del consentimiento en el contrato de seguros”, en *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldece)-Editora Guadalupe, 2001, pág. 10. Vid., en general, Jorge OVIEDO, *La formación del contrato*, Bogotá, Universidad de la Sabana-Temis, 2008, pág. 90 y ss. y Vincenzo ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffré, 2000, pág. 95 y ss.

<sup>12</sup> Juan Carlos Félix MORANDI, “Legislación sobre el contrato de seguro en la Argentina”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 1, Bogotá, pág. 6. La jurisprudencia argentina, por su parte, reconoce que “El contrato de seguro es consensual; el acuerdo de voluntades es preexistente a la emisión de la póliza y existe con sus efectos propios desde que se ha verificado la convención, aunque no se haya emitido la póliza” (La Ley, 62-766).

<sup>13</sup> Jérôme KULLMAN, “Le contrat d’assurance”, en *Lamy Assurances*, Paris, 2005, pág. 232. Vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982, t. I, pág. 280.

Es de señalar sumariamente, en cuanto se refiere a la oferta y aceptación, que una y otra *in abstracto*, pueden provenir tanto del asegurador como del eventual -o futuro- tomador, conforme a las circunstancias, directamente, o con arreglo a la participación de algunos intermediarios, según el caso y su modalidad, exceptuando, en línea de principio, aquellos que por ley tengan como objeto social “[...] ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador” (art. 1347 C.Com.), como tiene lugar en punto a los corredores de seguros <sup>14</sup>.

La anterior es la opinión de los distinguidos autores de la ponencia del prestigioso Capítulo de Medellín presentada en el marco del memorable XXV Encuentro Nacional de Acoldece, de acuerdo con la cual, “*Es importante precisar que en la etapa precontractual la oferta del contrato de seguro puede provenir de cualquiera de las partes intervinientes. En unos casos, está compuesta por la solicitud formulada por el eventual tomador del mismo, quien diligencia un formato de solicitud y declaración de asegurabilidad diseñado por la aseguradora para el efecto. En otras ocasiones, la oferta viene constituida por la cotización de seguro formulada por el asegurador a través de su intermediario. En ambos casos, la oferta de seguro se regirá por lo dispuesto en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, dado que no existe una regulación propia para el contrato de seguro*” <sup>15</sup>.

A menudo, en la práctica, la oferta -determinante- suele emerger del candidato a tomador, siempre y cuando, claro está, contenga “[...] los elementos esenciales del negocio” (art. 845 C.Com.), en atención a que en ocasiones el *iter contractus* es prolongado, relativamente (formación progresiva del contrato), sin desconocer que este tema no es del todo pacífico en la doctrina. En tal caso, la propuesta podrá consignarse en la “[...] solicitud de seguro firmada por el tomador”, que es uno de los documentos que, *ope legis*, forman “parte de la póliza”, en asocio de los anexos

---

<sup>14</sup> Vid. J. Efrén OSSA G., *Teoría general del seguro*, op. cit., vol. I La institución, pág. 448.

<sup>15</sup> Luis Alberto BOTERO, Patricia JARAMILLO, Fernando RODAS (coords.), Medellín, *Memorias*, 2007, Bogotá, Editora Guadalupe, 2010, págs. 18 y 19.

respectivos, que es preparada o estructurada, de ordinario, por la propia entidad aseguradora, con el propósito de uniformar la información pertinente y, de paso, facilitar el proceso de contratación.

A tono con lo señalado por nosotros, el connotado profesor patrio, doctor Andrés Ordóñez O., reconoce que “[...] *en materia de seguro es discutible de parte de quién proviene usualmente una oferta. Donati sostiene que la oferta proviene por lo general del tomador del seguro y no del asegurador. Personalmente me inclino por esa consideración, toda vez que, si bien de parte del asegurador puede provenir una oferta inicial, esa oferta es respondida siempre de manera condicional por el tomador del seguro que expone las condiciones de asegurabilidad que le son propias. Sucedido lo anterior, es sabido que una aceptación condicional de la oferta equivale a una nueva oferta (art. 846 C.Com.). Pero el hecho de que sea usual que la oferta definitiva en el caso del seguro provenga del asegurador, no es hipotéticamente excluible que el asegurador, una vez conocidas las condiciones de asegurabilidad, pueda formular una oferta cabal del seguro al tomador hipotético*”<sup>16</sup>.

Huelga reiterar, como se anticipó, que en la legislación comparada prima la tesis de la consensualidad, hasta el punto de que la solemnidad realmente es residual, puesto que son muy pocas las naciones que aún la conservan. Incluso, en el campo de la principalística, en sintonía con la realidad internacional, también se adopta idéntico criterio, llegando a permitir que el testimonio, en lo probatorio, tenga cabida. Es el caso, en concreto, de los denominados Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro de 2009, que en su art. 2:301, atinente a la “Forma de concluir el contrato”, dispone que “El contrato de seguro no requiere para su conclusión o prueba la forma escrita ni quedará sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluido el testimonio oral”. Y también de la propuesta de Directiva de la Unión

---

<sup>16</sup> Andrés ORDÓÑEZ O., *Lecciones de derecho de seguros. Cuestiones generales y elementos del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 57 y 58. Criterio análogo expresa el profesor Halperin, al observar que “*aunque por lo general y en la práctica el asegurador es quien busca el negocio, jurídicamente el asegurado es el proponente: el agente no formula una oferta, sino que invita a hacerla*”, *Seguros*, op. cit., vol. I, pág. 256.

Europea sobre el contrato de seguro de 1980, la que en su art. 2.6, estatuyó, alrededor de la documentación del contrato, que “Los documentos reseñados en los párrafos precedentes sólo tienen un valor probatorio”.

Todo lo dicho respecto al contrato de seguro, importa expresarlo brevemente, a fin de evitar cualquier equívoco o duda, resulta predicable del coaseguro (distribución horizontal del riesgo), así como del reaseguro (distribución vertical), debido a la ostensible naturaleza aseguraticia que ambos invisten, al mismo tiempo que en desarrollo de expresas disposiciones, como la contenida en el art. 1136 del Código de Comercio, que establece: “Los preceptos de este título, salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro, sólo se aplicarán al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual”. Bien ha expresado el profesor Andrés Ordóñez que “[...] *algo que pasa desapercibido fácilmente en la reforma de la ley 389 es que a partir de la misma también el contrato de reaseguro, que antes entre nosotros era solemne, ha devenido en consensual*”<sup>17</sup>.

---

Postura algo diversa es la asumida por el doctor Carlos Darío Barrera, en opinión de quien “*el profesor Ossa también sostenía que en él [el seguro], la oferta podía provenir tanto del asegurador como del tomador. Admitiendo que teóricamente ello es así, la verdad es que la propuesta normalmente la realiza el asegurador, entre otras cosas porque uno de sus elementos esenciales, la prima, es producto del estudio actuarial que se realiza en torno al riesgo asumido y los tomadores no disponen de la infraestructura necesaria para realizar aquel*”. *La formación del consentimiento en el contrato de seguro*, op. cit., pág. 7. Vid. J. Efrén OSSA G., quien a la luz del régimen precedente expresó que “[...] *la oferta tanto puede ser formulada por el asegurador como por el tomador*”. *Nada obsta a que tome la iniciativa del negocio una cualquiera de las partes*” (*Teoría general del contrato*, op. cit., vol. II, pág. 33), postura que en el terreno jurídico, en la actualidad, creemos que se preserva incólume, pues no parece que, válidamente, *a priori*, se pueda cercenar la referida iniciativa, con independencia de lo que a menudo acontezca a diario. Ese no ha sido, ciertamente, el designio *legis* del legislador nacional, ni en lo tocante con la teoría general del contrato, ni en lo atinente al contrato de seguro, en particular.

<sup>17</sup> Andrés ORDÓÑEZ O., “La consensualidad y su proyección en el contrato de seguro”, en XXI Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldece), Bucaramanga, 1998, Memorias, Bogotá, 1999, pág. 51.

### B. La prueba del contrato de seguro. Generalidades

Probar, bien se sabe, no implica construir, sino acreditar la existencia de una precisa relación jurídica, tratándose de la esfera contractual, por vía de referencia. La prueba es reconstructiva -o acreditativa-, de suerte que mira hacia el pasado, desde una perspectiva ontológica. De ahí que ella no crea el vínculo, que es precedente (*ex ante*), sino que da testimonio de él, que es enteramente diferente. No en vano la prueba carece de cualidades constitutivas, *stricto sensu*, a lo que se agrega que como *posterius* que es, carece de virtualidad genética o jurígena.

Uno es el momento del perfeccionamiento negocial y otro el de su prueba, una operación que no debe confundirse con la etiología *ex contractu*, así sea de cardinal importancia, como en efecto lo es, dado que la prueba, en la práctica, cumple un cometido estelar, hasta el punto que sin ella la relación jurídica permanecerá en la orfandad y hasta en el anonimato, *lato sensu*, con todo lo que eso supone en el plano del ejercicio de los derechos y prerrogativas, los que pese a su existencia pueden tornarse quiméricos y servir para ser enmarcados, figuradamente, pero no para efectivizarse, puesto que para ello se exige la presencia de la prueba. Bien expresa la máxima que “Lo que no se prueba plenamente no se considera probado” (*quod non est plena probatio, nulla est probatio*)<sup>18</sup>, brocardo que en sede procesal corre parejo con otro igualmente elocuente, conforme al cual “Lo que no aparece del juicio es como si no existiera” (*in iudicio quod non apparet non est*). Es por ello por lo que el art. 174 del Código de Procedimiento Civil, atinente a la “necesidad de la prueba”, paladinamente dispone que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Clara la significación de la prueba, en general, cumple manifestar que tanto el legislador colombiano de 1971 como el de 1997 no le dieron carta de ciudadanía a la libertad probatoria, en su estado más puro; ni siquiera en uno intermedio. El primero, por cuanto restringió la acreditación del vínculo aseguratorio privativamente a la póliza, entendida como “el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato”, descartando, por tanto, cualquier otro medio de prueba (art. 175 C. de P.

---

<sup>18</sup>“El juez debe sentenciar conforme lo alegado y probado” (*Iuxta allegata et probata iudex idicare debet*), pregona otro adagio latino.

C.), como secuela de la recia solemnidad establecida. Y el segundo, porque sólo le atribuyó vocación probatoria al binomio integrado por la probanza documental y por la confesional. Es así como el nuevo art. 1046 de la codificación comercial impera que “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión”, de lo que se colige, *ministerio legis*, que otro medio probatorio está proscrito, por lo menos con carácter autónomo, a diferencia de lo que acontece en las legislaciones de otras naciones, como se observará e, incluso, en el abonado campo de la principalística (Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro).

Expresado en palabras más concisas, en el derecho colombiano, aun cuando el contrato de seguro actualmente es de forma libre -o consensual- (art. 1036 C.Com.), en desarrollo de la consabida reforma preceptiva de finales de la década anterior, no es de recibo la libertad o disponibilidad probatoria, en razón a que por política legislativa, la ley 389 únicamente le reconoció idoneidad a la prueba documental -en lo pertinente- y a la confesional, proscribiendo, en forma directa, medios tales como “[...] el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial [...], los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Uno fue entonces, privativamente el camino seleccionado de los tres que, de ordinario, campean en el derecho probatorio y en el de seguros<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> En desarrollo de lo indicado, importa señalar que, por regla, cuatro podrían ser las lecturas y acercamientos que, en torno de la prueba y su libertad de medios, se pudieren hacer *in abstracto*: en primer lugar, bien podría llevarse a cabo una lectura absolutamente rígida, cercana a aquella que el artículo 1046 del Código de Comercio, en su redacción anterior, preveía (sólo la póliza, pero en su doble misión: constitutiva y probatoria), en atención al carácter solemne que, en tratándose del seguro, imperaba. En segundo lugar, en sede de la consensualidad contractual imperante, varias son las opciones *legis*: cabría realizar una primera lectura abierta y omnicompreensiva, a fin de permitir que la celebración del contrato de seguro fuese acreditada mediante cualquier medio de prueba, es decir, en pleno acatamiento del arraigado principio de libertad probatoria (confesión, testimonio, indicios, etc.). En tercer lugar, es posible pensar en una lectura intermedia entre las dos anteriores, según la cual la existencia del negocio jurídico asegurativo no se encuentre supeditada a un solo medio de prueba determinado, pero que sí se abra la puerta, a partir de una exigencia dada (principio de prueba por escrito), a una formación del convencimiento del juez fundada en varios medios de prueba, sin llegar a la libertad absoluta. Y una última opción, consistente en restringir la prueba a concretos medios: la documental y la confesional, únicamente, sin admitir escalas intermedias como la del “principio de prueba por escrito”, ya referido, todo en el marco de una “consensualidad atenuada”.

En armonía con lo anterior, consideramos importante aclarar, desde ya, que en nuestro sentir, si bien el inc. 1° del art. 1046 del Código de Comercio reserva, en apariencia, la prueba del negocio jurídico aseguratorio exclusivamente al “escrito” y a la “confesión”, aquél debe ser comprendido, *in complexu*, como un “documento” y no como una simple especie de este medio de prueba, desde luego con las matizaciones que ulteriormente efectuaremos. A tal conclusión se arriba, no sólo en desarrollo de la intención del legislador al introducir la reforma de la ley 389 de 1997, que no se limitó a restringir la prueba exclusivamente a la escritura como especie documental (antecedentes legislativos), sino de una comprensión integral y teleológica del art. 1046, que inequívocamente dispone también que el “documento” contentivo del seguro se denominará póliza, por manera que hay referencia explícita acerca del documento y por esta vía, de una u otra manera, a la prueba documental, que no sólo al escrito, se itera, una de sus especies, por relevante que sea, como en efecto lo es.

De este modo, anticipadamente, estimamos que no hay razón suficiente, a la vez que convincente para aferrarse a una tesis restrictiva mediante la cual se considere que la prueba del contrato de seguro debe reducirse exclusivamente al escrito, sino que tal término, en sana lógica, debe entenderse como “documento”, en línea de principio, desde luego en lo que resulte pertinente, motivo por el cual importa proceder *ex abundante cautela*, en orden a no generalizar. El escrito, como bien lo enuncia el art. 251 del Código de Procedimiento Civil, es pues sólo una especie del documento, entendido éste, según se expondrá más adelante, como “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”.

Así las cosas, *grosso modo*, resulta aconsejable examinar ambos tipos de prueba: la documental y la confesional, en especial aquella, de más frecuente materialización y consecución, entre otras razones por cuanto la ley obliga al asegurador a entregar “[...] dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro [...]”, con fundamento en el cual podrá aspirarse a acreditar el vínculo jurídico-contractual, ora en sede extrajudicial, ora en la judicial, y también su contenido, claro está (alcance, limitaciones, etc.), de especial importancia en sede aseguratoria, merced a la complejidad y tecnicismo que lo caracteriza <sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Confr. Hubert GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, op. cit., pág. 38.

Una advertencia previa, sin embargo, antes del anunciado examen, encaminada a poner de relieve que cuando nos referimos a *escrito* a lo largo del presente texto, no estamos queriendo restringirlo, siempre e inequívocamente, a la especie en comento. Lo hacemos más bien por hábito, que por otra cosa, que parece fue lo mismo que hizo el legislador, incluso de modo inconsciente y no *ex proffeso*. De otra manera no se explicaría que explícitamente hubiera empleado en el art. 1046 el vocablo *documento*.

### C. La prueba documental

El reformado art. 1046 del estatuto mercantil colombiano, luego de aseverar que el contrato en comento se “[...] probará por escrito o por confesión”, como ya se ha expresado en diversas ocasiones, señala que “Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza [...]”, declaración que, *a fuer* de corroborar que la póliza de seguro reviste sólo una función probatoria, que no constitutiva o genética, ello es capital, reconoce el carácter documental de la póliza en cuestión y con ella su naturaleza de documento, más concretamente de “medio de prueba” (art. 175 C. de P. C.), que puede concebirse en la legislación colombiana, de la mano del consagrado profesor José Fernando Ramírez G., como “[...] todo objeto que teniendo origen en la actividad del hombre puede ser llevado materialmente al proceso con el fin de probar el hecho que representa [...] el documento como medio de prueba es un acto extraprocesal que se materializa en una cosa mueble que cumple una función representativa; coligiéndose así como elementos integrantes de su estructura: ‘la corporalidad’ (cosa mueble), la subjetividad (el autor) y el contenido (signos de la representación)”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> José Fernando RAMÍREZ G., *La prueba documental*, Medellín, Señal Editora, 2009, pág. 50. Folios después, luego de algunas definiciones, y de la denominada “gnosología del documento”, concluye el autor afirmando que “[...] el documento como medio de prueba es un acto extraprocesal que se materializa en una cosa mueble que

Situados en el contrato de seguro, entre otros más, conviene mencionar que, en puridad, en la actualidad, no se pueden confundir el negocio jurídico y la póliza, como otrora tampoco podían confundirse, en atención a que entre configuración y documentación, *ab origine*, media una diferencia, de suyo apreciable. Aquella será un *prius*, y esta, un *posterius*. Al fin y al cabo, como ya se puntualizó, el seguro es consensual, y la póliza, por consiguiente, carece hoy de funciones constitutivas o generatrices. Su radio de acción entonces es típicamente probatorio o acreditativo, no *ad substantiam actus*, como sí sucedía entre nosotros hasta la floración de la ley 389, materia de examen. Por eso se alude a su función documentadora, puesto que documenta la relación jurídica, la torna cognoscible, aunque no la configura<sup>22</sup>. Al fin y al cabo, su misión no es de índole generatriz, sino reveladora y, por tanto, *ex post*.

En esta última dirección, el art. 1046 del Código de Comercio, en su nueva versión, obra de la mencionada ley 389 de 1987, art. 39, expresa que “Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar [...] al tomador [...] el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza [...]”, de lo que se desprende que ésta carece hoy por hoy de cualidades formativas. De ahí el empleo de la expresión “con fines *exclusivamente probatorios*”, indicativa de que la póliza tiene como confesado propósito servir de medio de prueba, nada más.

Por lo tanto, finalmente, en desarrollo del texto aprobado no se acogió la tesis de la libertad probatoria plena, como en un momento se pensó, sino el de “prueba restringida” o “limitada” (conducencia atenuada de la prueba, puesto que no todas y cada una de las probanzas son admitidas)<sup>23</sup>.

---

*cumple una función representativa; coligiéndose así como elementos integrantes de su estructura ‘la corporalidad’ (cosa mueble), la subjetividad (el autor) y el contenido (signos de representación)”*, op. cit., pág. 53.

<sup>22</sup> Vid. Daniela DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1998, pág. 6.

<sup>23</sup> En el importante derecho argentino, más amplio que el colombiano, toda vez que es de recibo otro tipo de probanza en aquellos casos en los que media principio de prueba por escrito, como se anotará, también se alude a una prueba restringida. Confr. Héctor Miguel SOTO, quien reconoce que “*si bien el contrato de seguro es un contrato ‘no solemne’, el mismo, de acuerdo a su prueba, es un contrato de ‘prueba restringida’*”.

a. *La prueba documental y el llamado “principio de prueba por escrito”*. Ahora bien, pincelado el norte de la reforma, desde luego en términos muy generales, resulta de la mayor relevancia indagar si no obstante la referida restricción probatoria reinante -prueba documental y confesional-, es posible asignarle efectos *probáticos* y habilitantes al apellidado *principio de prueba por escrito*, como tal, ajeno a la prueba puramente escritural, *stricto sensu*, tema muy controvertido en el derecho comparado, incluido el colombiano, aun cuando reconocido con amplitud y reiteración por la doctrina procesal, en general, no sólo la actual, sino desde hace decenios, incluso siglos. De ello da cuenta el siglo XIX, por vía de ilustración (Francia, Italia, Argentina, Colombia, etc.)<sup>24</sup>.

Efectivamente, dicho principio, cuando es admitido, apunta a permitir que se acredite válida y articuladamente la relación negocial mediante un escrito que no se torne pleno o suficiente y que, por ende, no contenga todos sus elementos fundantes o estructurales (esenciales), los que pueden ser establecidos, *in complexu*, con arreglo a otros medios probatorios diversos a la prueba típicamente documental. Si fuera ella suficiente, así resulta de Perogrullo, no podría hablarse de “principio”, de acercamiento o aproximación; se hablaría de documento, o prueba documental, a secas. Por eso, así devenga elemental, conforme lo expresa el profesor panameño, Jorge Fábrega, “*El principio de prueba por escrito no es la prueba del contrato. Es algo inferior en categoría [...]. Entonces esas deficiencias lo reducen a principio de prueba por escrito, e indica que probablemente el contrato se celebró; lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos, con la confesión, testigos, indicios y demás medios de prueba*”, se anticipa<sup>25</sup>.

---

*Contrato. Celebración, forma y prueba. Con especial referencia al contrato de seguro*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 118.

<sup>24</sup> Baste traer a colación el art. 1192 del vigente Código Civil argentino del siglo XIX, de autoría del docto cordobés, don Dalmacio Vélez Sársfield, que a letra dice: “Se considera principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de pariente interesado en la contestación o que tendría interés y viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”.

<sup>25</sup> Jorge FÁBREGA, *Teoría general de la prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1997, pág. 362.

En este caso, el escrito en comentario, *per se*, no será pues individualmente idóneo para comprobar la celebración del contrato, a la par que su contenido, sin que por ello jurídicamente pueda predicarse la nada o la ausencia absoluta de un *corpus*. Aunque no habrá completitud, es cierto, existirían algunos rasgos y trazos indicativos de una *voluntas* probable, en estado imperfecto, si se quiere que, en asocio de otros eslabones, servirían para revelar la común intención de los contratantes, *lato sensu* (art. 1618 C.C.), laborió a cargo del intérprete, desde esta perspectiva un reconstructor (interpretación histórica)<sup>26</sup>. En términos figurados, si resultan de recibo, aún no habrá una edificación culminada, sino una “obra negra”, pero reveladora de un comienzo, así sea inacabado.

Por eso se recuerda que lo esencial de este principio es que emerja verosimilitud o probabilidad en relación con el hecho que se pretende probar, pues como bien lo recreó la Corte Suprema de Justicia, escasos años después de expedido el Código de Procedimiento vigente, “El artículo 93 de la ley 153 de 1887 inciso, 1º, definía el principio de prueba por escrito, como ‘un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso [...]’. La jurisprudencia entendió que el principio de prueba por escrito es un documento privado proveniente del obligado, en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio sino una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para que

---

<sup>26</sup> En esta dirección, la Corte Suprema de Justicia, en lo pertinente, anotó que “[...] contrario a lo argüido por la censora, no es absurdo colegir que las partes si convinieron la prima o costo del seguro y tan cierto es lo anterior que el intermediario expidió el recibo de caja núm. [...] en donde se da cuenta de su establecimiento y cuantía. Súmese a ello, que el escrito obrante [...] allegado por la demandada, correspondiente al original de la solicitud de certificado, en él aparece con total claridad la indicación de dicho elemento esencial o sea que sí hubo concertación sobre la prima y el valor de ésta. Debe resaltarse, a propósito del tema, que la suma a que alude el mentado recibo de caja, que, por supuesto es un escrito y en cuanto tal idóneo para aportar elementos argumentos de convicción respecto de la existencia del seguro, coincide con el valor que en su momento el intermediario y el tomador convinieron [...]” (Sent. de 16 diciembre 2008, exp. 76001-3103-001-2003-00505). Carlos Ignacio JARAMILLO J., “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Lima, Grijley, 2007, t. II, pág. 803 y ss.

puedan atribuírsele legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito. Que exista un escrito, que no sea el documento mismo, que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso' (Sent. del 19 de febrero de 1973)"<sup>27</sup>.

Lo anterior quiere decir, lisa y llanamente, que si por lo menos existe un principio de prueba por escrito, así no medie plenitud, serán admitidos otros medios probatorios, admisión que no tendría cabida, claro está, en el evento de faltar aquél, requisito *sine qua non*, porque no podría hablarse de probabilidad, sino, por el contrario, de certidumbre, lo que aniquila la idea de principio o aproximación probatoria.

En esta dirección, el art. 4º de la ley 17.418 argentina, referente al contrato de seguro, entre otras, impera que "El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito", manifestación que, por su rotundidad, no deja asomo de duda alrededor de su pertinencia<sup>28</sup>,

---

<sup>27</sup> Hernando DEVIS ECHANDÍA, quien afirma que "[...] las limitaciones ad valorem a la prueba testimonial [...] que consagraban los arts. 91 a 93 de la ley 153 de 1887, no tenían aplicación cuando existía un principio de prueba por escrito (o una confesión parcial que hiciera las veces de tal), o había existido imposibilidad física o moral para obtenerlo, o había existido prueba documental pero había desaparecido [...]. Aunque al derogarse las limitaciones al testimonio, no tienen interés, por este aspecto, las mencionadas excepciones, sí lo conservan para los casos de documentos ad probationem consagradas en el C. de Co.; también lo conservan las nociones de principio de prueba escrita y los casos de pérdida o destrucción del documento público o privado que se haya otorgado y de imposibilidad física o moral para obtenerlo, pues en ellos desaparece el indicio consagrado en el inciso 2º del art. 232 del C. de P. C.". *Compendio de derecho procesal*, 7ª ed., Bogotá, Editorial ABC, 1982, t. II, Pruebas judiciales, pág. 309.

<sup>28</sup> Conforme lo atestigua el profesor argentino Héctor M. SOTO, "[...] a fin de acreditar la existencia y el contenido normativo del contrato de seguro, el ordenamiento jurídico sólo admite la utilización de la prueba escrita. Sin embargo, puede suceder que no existan documentos o registraciones que acrediten, de manera concluyente, la existencia del contrato invocado, o su contenido normativo. La regla general es que, en ninguno de estos supuestos, el contrato de seguro no puede ser acreditado por ningún otro medio de prueba. Ello, sin embargo, es sólo una regla general que admite excepciones, ya que, si existe aquello que la legislación y la doctrina denominan 'principio de prueba por escrito', el ordenamiento jurídico acepta la utilización de cualquier otro medio de prueba para acreditar el contrato, o su contenido normativo". *Contrato, celebración, forma y prueba...* Con especial referencia al contrato de seguro, op. cit., págs. 131 y 132.

lo cual ha sido confirmado por su propia jurisprudencia: “Existe contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, siendo de naturaleza consensual, es decir, los derechos y obligaciones recíprocas del asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza, que en definitiva es la manera de probar por escrito inicialmente la existencia del mismo, aunque sea viable acreditarlo por otros medios de prueba si hay principio de prueba por escrito” (Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, 6/2/01)<sup>29</sup>. Otro tanto sucede, lo hemos anticipado, en Francia<sup>30</sup>, Bélgica<sup>31</sup>, Bolivia, Paraguay y Guatemala, entre otros países más<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> En la República Argentina, lo memora el profesor Carlos Gherzi, “[...] rige el principio de prueba por escrito, en especial a partir del pago de la prima total o en cuotas, que se realiza por lo general por imputaciones bancaria o transferencias de cuentas bancarias y hasta transferencias electrónicas o simplemente recibos de caja, con membrete de la compañía aseguradora o el productor, cuando ha sido autorizado a la representación o cobro de la prima. A partir de este elemento (pago de la primera o de la primera cuota) tenemos el principio de prueba por escrito”. *Contrato de seguro*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 103, anotación ésta que recrea el señalado autor con una cita de una jurisprudencia que a la letra dice: “Aunque no se haya acompañado la póliza junto con la demanda, el contrato de seguro puede probarse con la pericia contable en los libros de comercio del asegurador, efectuado por el perito designado de oficio, cuyas conclusiones no fueron observadas oportunamente” (CNEsp. CivCom, Sala IV, 28/10/80).

<sup>30</sup> Conforme lo expresa el profesor J. Kullman, de la mano de la jurisprudencia francesa, “*En el proceso es admisible el testimonio cuando ha sido aportado a continuación de un comienzo de prueba por escrito*”. *Le contrat d’assurance*, op. cit., pág. 452.

<sup>31</sup> Vid. Marcel FONTAINE, *Droit des assurances*, op. cit., pág. 206, ilustre profesor que, refiriéndose a este principio -o comienzo de prueba-, pone de presente que “*La conclusión y la gestión de un contrato de seguro da lugar a la emisión de numerosos documentos que constituyen frecuentemente tales comienzos de prueba por escrito, los que abrirán pues la puerta a la prueba por todas las vías de derecho: proposición de seguro, solicitud de seguro, recibos de prima o de indemnizaciones, algunas piezas que formen parte de la correspondencia entre las partes, etc.*”.

<sup>32</sup> El Código de Comercio boliviano, en el art. 984, expresa que “el contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración”. Y el artículo 1006 indica que “el contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro; sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito”. Por su parte, el artículo 1548 del Código Civil paraguayo manifiesta que “en el contrato de seguro los derechos y obligaciones de las partes empiezan desde que se ha celebrado la convención,

En el derecho colombiano, empero, el punto en cuestión no está exento de controversia, como se anticipó, en consideración a que el reformado art. 1046 del Código de Comercio, precisa que “El contrato se probará por escrito o por confesión”, sin aludir, explícitamente, al señalado principio de prueba por escrito, silencio que podría tomarse en dos sentidos: uno, refractario o en rechazo a la ampliación probatoria y, otro, encaminado a su lectura amplia e incluyente. En el primero, el escrito y sólo el escrito sería idóneo para acreditar el vínculo, de tal suerte que se exigiría que reuniera los elementos troncales de todo contrato, aunados a los del seguro como tipo contractual específico. En el segundo, en cambio, el escrito podría ser incompleto, a condición de que él albergara, *prima facie*, sin la contundencia documental mencionada, un esbozo de acuerdo, que se insinúa cual lienzo de un impresionista, si el símil resulta de recibo. Dicho de otra forma, un documento en claro oscuro, para seguir con la pictórica, sujeto a complementación probatoria, con fundamento en otros medios y vías que, eslabonadas, reflejen inequívocamente la existencia y contenido del negocio jurídico asegurativo (eficacia de la cadena probatoria).

En este puntual sentido, el profesor Andrés Ordóñez formula la misma inquietud, al manifestar que “*Resulta pertinente preguntarse si se requiere un escrito en el cual consten claramente la identidad de las partes y los elementos esenciales, todos ellos, del contrato de seguro, y eventualmente aspectos adicionales, o si se requiere simplemente un documento que dé razón, aun por simple referencia, de la existencia del contrato: por ejemplo, una comunicación de la aseguradora al taller que debe hacer la revisión del vehículo o instalar la alarma del mismo ordenando ese trabajo, o una carta dirigida al tomador requiriendo el pago de la prima. En ello estriba la diferencia entre escrito y principio de prueba por escrito*”<sup>33</sup>, diferencia, sea anotado de paso, que no es espuria, puesto que expresamente la recono-

---

aun antes de emitirse la póliza”. Y el art. 1555 explicita que “el contrato de seguro sólo puede probarse por escrito. Sin embargo todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”. Y el art. 888 del Código de Comercio de Guatemala impera que “a falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, o por cualquier otro medio, si hubiera un principio de prueba por escrito”.

<sup>33</sup> Andrés ORDÓÑEZ O., *Lecciones de derecho de seguros*, op. cit., pág. 47.

ce el legislador colombiano, v.gr., en el art. 232, a cuyo tenor: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”, así como lo reconocía la ley 153 de 1887, según se explicitará luego.

Aun cuando lo más conveniente para disipar la registrada dubitación, para nada irrazonable, había sido que el propio legislador la zanjara de antemano, por vía de ejemplo agregado la expresión “únicamente”: el contrato de seguro se probará *únicamente* por escrito o por confesión, o mediante la proscripción explícita del denominado “principio de prueba por escrito”, entre otros expedientes más -como en varias naciones sucede-, lo cierto es que sin radicalismos o lecturas fanáticas, a todas luces lesivas de los postulados que hoy caracterizan el moderno derecho procesal, reconociendo empero la dificultad que rodea este tema, nos inclinamos más por la tesis limitativa, que no anulatoria, encaminada a restringir la eficacia de otras pruebas ajenas al escrito -o documento- y a la confesión, sin que ello suponga, de plano, que no puedan contribuir en un momento determinado a esclarecer la realidad jurídico-contractual, conforme a las circunstancias especiales y propias de cada caso, dueño de particularidades que, *a priori*, no se pueden anticipar y definir estandarizadamente, *a fortiori* cuando lo que está en discusión ahora es la prueba del contrato de seguro y no su existencia misma, habida cuenta de que ya no es de forma específica o solemne, como lo fue por más de una centuria entre nosotros, en la que el documento en referencia tenía dos funciones: una constitutiva y otra probatoria, como se ha reseñado, aspecto que debe merecer alguna consideración.

Varias razones, ciertamente, nos conducen a adherir a la postura que se inclina por estimar que más que un simple principio de prueba por escrito, es el que demanda el derecho colombiano para probar cabalmente la celebración y contenido del contrato de seguro, en atención al postulado de la eficacia de la prueba, con todo lo que él envuelve, más allá de que esta conclusión, de *lege ferenda*, sea o no la más conveniente, que es un tema diferente (extranormativo), reconociendo, de todos modos, que no es un asunto simple o rutinario, aunque si de tomar partido se trata, en un plano diverso al legislado (*lege data*), nos inclinaríamos por su

adopción, pero en forma expresa, a fin de obviar toda duda. Las más importantes razones, de modo muy sumario, son las siguientes:

- *Los antecedentes nacionales de la reforma*, que si bien es cierto no son un dechado de claridad, sindéresis y coherencia, sí revelan una evolución indicativa de la restricción en cita. Baste recordar que el proyecto de ley 65 de 1995, presentado en el Senado de la República por el senador Parmenio Cuéllar B. (“por el cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio”), consagraba una abierta libertad probatoria, en los siguientes términos: “Artículo 2º. El artículo 1046 del Código de Comercio quedará así: “Son admisibles todos los medios de prueba para demostrar la existencia y condiciones del contrato de seguro”.

Es claro entonces que el propósito medular del proyecto primigenio, de un lado, era la abolición del carácter solemne del seguro y, por el otro, que en materia probática reinara la libertad probatoria, como *expressis verbis* se estructuró, incluso en términos más amplios que los consagrados en las legislaciones internacionales de referencia: la francesa, la belga, la argentina, la boliviana, la paraguaya, la guatemalteca, etc., muy especialmente en estas últimas, que condicionan la libertad a la existencia de un “[...] principio de prueba por escrito”, según se acotó.

- El viraje experimentado en el trámite parlamentario, toda vez que en el curso de la discusión congressional, el texto originario sufrió alteraciones, no ayunas de significación en lo que concierne al tema en cuestión. Es así como en la ponencia para el primer debate al proyecto se realizaron puntuales y cardinales ajustes, enderezados a restringir la libertad probatoria inmersa en el proyecto inicial, por entenderla inconveniente y, de suyo, más prudente el texto sustitutivo, en guarda de la seguridad jurídica. Al respecto, la senadora María Cruz Velazco rindió ponencia en dicho sentido restrictivo: “No consideramos prudente prever una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios”.

- *Las consideraciones que en el año 1958 igualmente se tuvieron en cuenta en esta materia por el proyecto de 1958* (exposición de motivos), que si bien directamente no es el que nos ocupa, sí evidencian, *in radice*, la resistencia a concederle a la prueba testimonial cabida directa, hecho que debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar la norma actual, por la fuerza de la tradición de una idea de suyo recurrente en la *mens legislatoris*. En este sentido, recuérdese que si

bien es cierto que en el supraindicado proyecto se daba vía libre a la consensualidad del contrato, expresamente se limitó su prueba, como quiera que se señaló, sin hesitación, que si “[...] para acreditarlo bastara la declaración conteste de dos testigos, si fuera suficiente un indicio grave, si la simple presunción pudiera invocarse al efecto, no dudamos [de] que las compañías tendrían que afrontar dificultades sin número. Pero todo esto lo hemos previsto. Las únicas pruebas admisibles son la documental y la confesión judicial”.

- *El parecer de la communis opinio patria*, para nada deleznable, en razón de que es concluyente en el sentido de abogar por la probanza escrita, que no verbal, y por no admitir la procedencia del llamado *principio de prueba por escrito*.

Diáfana, realmente, es la opinión del profesor Ordóñez, a juicio de quien “[...] es claro que es diferente probar con un escrito, a probar con un principio de prueba por escrito y que la ley colombiana exige probar con un escrito. Si la interpretación fuera diferente estaríamos realmente en el campo del principio de prueba por escrito y no del escrito mismo, tal como lo ha definido la doctrina sobre la materia, y esto hace que quizás la modificación legislativa tenga unos alcances más estrechos de los que pueden parecer a primera vista”, razonamiento que más adelante en su obra lo conduce a reafirmar que “[...] en el caso del contrato de seguro, la fórmula legal hace que si bien el contrato es consensual, no puede probarse sino mediante documento escrito, o por confesión, descartándose cualquier otro medio probatorio o un simple principio de prueba por escrito”<sup>34</sup>. Elocuente, de igual manera, es la opinión del profesor Hernán Fabio López<sup>35</sup>.

En suma, sin perjuicio de que podríamos esgrimir otras razones más, se nos antoja que este tema de la insuficiencia del principio de prueba por escrito para la acreditación cabal del contrato de seguro, no debería generar una insoluble controversia, más allá, se itera, de que en un plano diverso del estrictamente legislado, nos parece que hubiera sido deseable consagrar un esquema similar al argentino, al belga, al boliviano o al fran-

<sup>34</sup> Andrés ORDÓÑEZ O., *Lecciones de derecho de seguros*, op. cit., págs. 49 y 52.

<sup>35</sup> Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO, *Comentarios al contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 2010, pág. 57.

cés, ya mencionados, entre varios, por lo demás más a tono con la tajante declaración que hace el art. 1036 del Código de Comercio, conforme a la cual “El seguro es un contrato consensual”, proclama que, en la *praxis*, bien lo han anotado algunos doctrinantes vernáculos, es más nominal que real, o por lo menos se desdibuja en gran medida, pues se relativiza o morigera de modo apreciable, lo que le resta potencia. Esta es, pues, otra frustración derivada de legislar a prisa, sin brújula ni compás.

Es de resaltar, con todo, tangencialmente lo mencionamos, que en la órbita del derecho probatorio general no es tan simple soslayar la significación atribuida modernamente al testimonio, materia de valoración judicial en desarrollo de la sana crítica y de la persuasión racional del juzgador, *a fortiori* cuando no medie una exigencia *ex lege* alusiva a la solemnidad contractual. Ya se ha dicho que, en nuestro entender, aun cuando el testimonio no es idóneo para sustituir el requisito del escrito, esto es, que no es un arquetípico sucedáneo de él, por las razones esgrimidas, tampoco puede ser fustigado o expatriado sistemáticamente y sin fórmula de juicio siempre, restándole toda eficacia, así sea *sub conditione*, y en relación con puntuales supuestos, de suyo *especialis*, conforme lo podrá establecer el juzgador, *ex abundante cautela*. Por eso *in eventum*, alguna utilidad puede llegar a tener, naturalmente a partir del requisito del escrito, que no prueba por escrito propiamente dicha, dado que se exigiría algo más. Esta es, pues, una lectura individual de las normas que disciplinan la temática aseguraticia *sub examine* (con sus antecedentes), llamadas a primar de cara a las generales, pues estas últimas, aplicadas sin conexión con las del contrato en referencia, revelarían una conclusión diferente.

No en vano se ha expresado que esa es la respuesta que emerge del ordenamiento procesal patrio (vid. sentencia del 25 de septiembre de 1973, Corte Suprema de Justicia)

*b. Fundamentos primordiales de la adopción de un régimen especial en materia probatoria (restricción probatoria).* No son insulares, ni menos rayanas en el capricho absoluto, las razones que históricamente se han esgrimido para justificar, en el terreno del contrato de seguro, un régimen especial en materia probatoria, en particular un determinado escrito, así hoy por hoy, justificadamente, estén en revisión, por lo menos algunas de ellas, sobre todo las atinentes a la descon-

fianza generalizada y automática, dado que para contrarrestar ciertos peligros, que no se soslayan, militan puntuales remedios. En ocasiones se enarbolan motivos técnicos; en otras, argumentos jurídicos y también de ambas clases.

En el ámbito doctrinal, por vía de ejemplo, se alude a razonamientos técnicos, hermenéuticos, funcionales y de seguridad jurídica. En esta dirección, el profesor Rubén Stiglitz expresa que *“La resonancia social del contrato de seguro, la complejidad técnica ya de por sí inherente al negocio, la dificultad de desentrañar el sentido y alcance de algunas de sus acepciones usuales, el elevado número de condiciones generales y especiales que contiene la póliza que instrumenta el contrato, la prolongación en el tiempo del negocio y el interés de los terceros, han aconsejado la conveniencia de adoptar el medio escrito como mecanismo probatorio razonablemente más seguro”*<sup>36</sup>.

El profesor Fernando Sánchez Calero, a su turno, pone de manifiesto que *“La documentación del contrato cumple en el seguro no sólo la función probatoria del acto de su perfección o existencia, sino también la de fijar las normas que van a servir para regular la relación jurídica que deriva del contrato. Este aspecto normativo de la póliza -como documento que normalmente se emite por el asegurador- se realza en varios artículos de la Ley. El hecho de que la relación jurídica que deriva del contrato tenga una duración amplia en el tiempo, coadyuva a señalar la importancia de la documentación del contrato”*<sup>37</sup>.

En sede prelegislativa, a su turno, consultados los antecedentes de los preceptos consignados en los nuevos arts. 1036 y 1046 de la codificación mercantil, se evidencia que algunos de estos temores sirvieron de estribo para adoptar la consabida restricción probatoria en su momento propuesta, lo que explica que se haya puntualizado que *“No se considera prudente proveer una total libertad probatoria, ya que no habría seguridad jurídica en el país si se pudiese probar un contrato de seguro por testimonios o simples indicios”*.

---

<sup>36</sup>Rubén STIGLITZ, *Derecho de seguros*, op. cit., t. I, págs. 156 y 157.

<sup>37</sup>Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Conclusión, documentación, contenido del contrato*, op. cit., pág. 280.

c. *Alcance y significado del “escrito” exigido por la ley, y prueba de las modificaciones, cambios y ajustes relativos al contrato de seguro.* Como ya lo anotamos en precedencia, nos resulta claro, que hoy, si bien es restringida la prueba del contrato de seguro, sin que por ello se torne solemne, nos parece que no puede llevarse a tal extremo de entender el “escrito” en el limitado significado de la palabra. Ello, entre otras consideraciones, iría en contravía de la realidad de los negocios jurídicos en general y, por supuesto, de la dinámica mercantil, tan en boga. Por eso, y como se ha expresado, cuando el art. 1046 del Código de Comercio se refiere a “escrito” y también a “documento”, por tal debería entenderse “documento”, en todo de acuerdo con lo establecido por el legislador en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, que no puede ser soslayado, en línea de principio.

De lo contrario, la exigencia limitativa del escrito, *ab initio* dejaría al contrato de seguro totalmente rezagado, o si se prefiere, anquilosado -o congelado-, pues como lo subraya el profesor José Fernando Ramírez Gómez “[...] hasta no hace poco la historia del documento fue la historia de la escritura, porque los derechos y las obligaciones se probaban por escrito. Empero, hoy en día, aunque el predominio de la prueba escrita se mantiene por cuanto por disposición legal algunos actos se sujetan a la solemnidad de las escrituras públicas o privadas, lo cierto es que el panorama tradicional ha estado sometido a radicales cambios por el influjo de la tecnología moderna que planteando cosas nuevas origina tratos jurídicos, interrelaciones personales y negociales, y simples expresiones del pensamiento sin que por ninguna parte aparezca la redacción escrita, porque el mismo soporte material del papel ha desaparecido. Los pagos por transferencia electrónica de fondos, los giros bancarios de igual linaje, los contratos informáticos y la telemática en general, constituyen uno de los hechos sociales más trascendentales de los últimos tiempos, que de ninguna manera se puede desconocer”<sup>38</sup>.

Nos referimos entonces, como lo menciona el profesor RAMÍREZ, sólo para traer a colación un supuesto de alguna usanza, que a futuro creemos

---

<sup>38</sup> José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ, *La prueba documental. Teoría general*, op. cit., pág. 225.

que se impondrá aún más al documento electrónico, o póliza electrónica, que en Colombia se ha regulado a partir de la ley 527 de 1999 y que, precisamente, aboga por la demostración de hechos por medio de mensajes de datos que no corresponden, en rigor, a la escritura, al escrito tradicional.

En este orden de ideas, conviene realizar una lectura más amplia del artículo 1046, en la dirección indicada, máxime cuando esa fue la intención genuina del legislador al darle trámite a la ley 389 de 1997. Efectivamente, en la exposición de motivos de la que finalmente resultó ser la ley en cuestión, expresamente se tuvo en cuenta la posibilidad de demostrar el contrato de seguro mediante formas diferentes a la escritura, así: “Y, por otra parte, ante la imperiosa necesidad de adecuar el contrato de seguro con la realidad mercantil cotidiana, caracterizada por su celeridad y agilidad, con esta reforma se busca plasmar de manera legislativa aquella costumbre reiterada de la contratación desformalizada de seguros que se efectúa mediante la utilización de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, tales como la vía telefónica, telex, fax, etc.”<sup>39</sup>.

Queda entonces evidenciado que entre nosotros no es de recibo una lectura exegética del vocablo *escrito*, a la par que descontextualizada de las necesidades del tráfico imperante, extraña a la modernidad -o posmodernidad- y con ella a la tecnología, a la cibernética, a la telemática, etc.

Efectuadas las anteriores consideraciones, para a continuación darle paso a la prueba confesional, resulta aconsejable precisar someramente dos aspectos de especial relevancia. El primero, que el escrito o documento al que alude la ley 389 de 1997, detonante de la nueva concepción del artículo 1046 del Código de Comercio, no es un escrito que indefectible y literalmente, como tal, se apellide *póliza* (*nomen specialis*), o que se incardine en un continente con características específicas prefijadas (tamaño y textura del material escrito, letra, formato, color, etc.), habida

---

<sup>39</sup> Confr. Luis Alberto BOTERO, Patricia JARAMILLO y Fernando RODAS, “Ponencia del Capítulo de Medellín”, en *XXV Encuentro Nacional de Acoldece*, op. cit., pág. 26, Memorias en las que consignó que “si partimos de que el contrato de seguro se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, es necesario aceptar que es perfectamente posible realizar la colocación de un seguro a través de métodos alternativos y novedosos tales como una simple llamada telefónica o el diligenciamiento de un formato creado para tales efectos a través de Internet [...]”.

cuenta de que lo determinante es que recoja los elementos esenciales de todo contrato, y en especial los del seguro, individualmente considerado. Por ello es por lo que un documento cualquiera que los reúna es idóneo para acreditar la relación aseguraticia, con prescindencia de otras consideraciones formales o escriturarias, de suyo improcedentes, tanto más cuanto que la ley, al aludir a la prueba del contrato, sólo exige que se trate de un escrito, sin más calificación o exigencia inicial: “El contrato de seguro se probará por escrito”

En este orden de cosas, el seguro se prueba documentalmente, bien con arreglo al documento que lleve dicho nombre (la póliza), esto es, al que se refiere el inc. 2º del artículo en comento, en desarrollo del cumplimiento de una obligación *ex lege* radicada en cabeza del asegurador, como es la usanza, bien con fundamento en un escrito que, con independencia del rótulo empleado, o de la ejecución o no de la referida prestación aseguraticia (*facere*), sirva para dicho propósito, ora individualmente, ora en función de la sumatoria articulada de diversos escritos que, *in globo*, sean idóneos por revelar fidedignamente la celebración y el contenido del contrato de seguro, en lo cardinal, en cuyo caso, *stricto sensu*, podrá también considerarse que es una póliza, o que puede calificarse de tal, por extensión *iuris*.

Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto, atañe precisar si las modificaciones, cambios o ajustes al contrato primigeniamente celebrado, en todos los casos, deben estar confinados o instrumentados mediante un inequívoco escrito, dejando de lado otra metodología probática, como si todos los demás medios de prueba, *per se*, se entendieran esterilizados y, por ende, ayunos de virtualidad jurídica.

En esta última hipótesis, si bien no podría predicarse el carácter solemne de las modificaciones, entre otras razones por cuanto éste apunta a la celebración y perfeccionamiento del vínculo ya preestablecido, como tal preexistente, en estricto rigor, importa determinar si cualquier cambio debe ser acreditado mediante un escrito, so pena de que devenga ineficaz otra prueba, diferente de la confesión, claro está (art. 1046 C.Com.). La norma respectiva, bien se sabe, no habla de las modificaciones, o alteraciones negociales, como sí acontece en otras naciones, según se observará; guarda, por el contrario, absoluto silencio, lo que ha dado pábulo para que se sopesa esta actitud silente del legislador, no de ahora sino de tiempo atrás, por cuanto ni en la legislación decimonónica mercantil, ni en la de 1971, ni tampoco en la de 1997, incluso, el tema se

ha esclarecido. Simplemente en el Código de Comercio del siglo precedente, en su art. 1048, aún vigente, se dispuso que “Hacen parte de la póliza: [...] 2. Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza”.

Al amparo de las legislaciones en referencia, antes de la reforma de 1997, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no obstante la exigencia ineludible del escrito (solemnidad), se había inclinado por una tesis menos rigurosa, admitiendo, de una parte, el pacto verbal, y las modificaciones escritas o no escritas, de la otra<sup>40</sup>. A análogo resultado arribó el proyecto de Código de Comercio de 1958 y un sector de la doctrina. Ahora, que no campea la referida solemnidad, sino la consensualidad, y un régimen de prueba restringida o acotada, un sector de la doctrina se inclina por el escrito o la confesión, únicamente, no admitiendo otros medios probatorios, haciendo la salvedad de que en estos casos, el consabido escrito tiene naturaleza *ad probationem*, que no *ad substantiam actus*.

Por nuestra parte, a tono con lo ya manifestado en el presente escrito, no podemos pontificar en esta materia, pues es preciso puntualizar que, *a priori*, cualquier definición puede resultar aventurada, dado que el caso, en efecto, será el que ilumine una respuesta satisfactoria y prudencial. Empero, preliminarmente, exigir en todos y cada uno de los supuestos la prueba escrita, sin más miramientos, luce exagerado, pues habrá casos en los que la alteración, cambio o modificación, sean insustanciales, o que no muten la arquitectura del negocio jurídico, pudiéndose probar con arreglo a la libertad probatoria; no estamos aludiendo a la prueba de

---

<sup>40</sup> En sent. de 23 noviembre 1927, la Corte Suprema de Justicia arribó a dicha conclusión. Y más recientemente, en 1997, setenta años después, tan alto tribunal puntualizó en un sonado fallo que “lo anterior no obsta para que, sin alterar el carácter solemne del contrato de seguro, en desarrollo de su ejecución, se celebren convenios expresos o tácitos modificativos (art. 824 C. de Co.) sobre aspectos que, por no alterar legalmente la esencia fundamental de dicha contratación y porque así lo exige la dinámica buena fe, las relaciones comerciales (v.gr. su urgencia), no sean oportunamente recogidos en anexos, como sucedería con la prórroga del plazo u otra solicitud del asegurado que, habiendo sido aceptadas o convenidas, no fueron recogidas o rechazadas oportunamente por escrito[...] Y tales modificaciones, en caso de presentarse, pueden ser escritas o no, y, por lo tanto, pueden acreditarse mediante anexos que las recojan, o con los medios probatorios que demuestren fehacientemente los pertinentes convenios expresos o tácitos, modificativos de algunos aspectos del contrato inicial” (sent. de 4 abril, exp. 4880).

cambios sustanciales que incidan en lo estructural del acuerdo, sino a aspectos que, *in casu*, conciernen a otros puntos, de menor envergadura.

Valga la pena mencionar, para avalar este aserto, que las exigencias consignadas en el art. 1047 del estatuto mercantil no están situadas en un mismo plano y ellas responden a diversa jerarquía o *prosapia legis*, hasta el punto de que unas serán ineludibles y otras no lo serán, como lo tiene decantado la jurisprudencia y la doctrina colombianas. Algo similar tiene lugar en tratándose de la simple prórroga, que se puede establecer recurriendo medios diversos del escrito, por lo menos a uno que se denomine anexo, certificado o documento de prórroga. Difícil, en hipótesis como la contemplada, efectivamente, será soslayar la conducta observada de las partes, de tanta fuerza hermenéutica, a lo que se suma que, en línea de principio rector, no es lo mismo una renovación que una prórroga<sup>41</sup>.

#### D. La prueba por confesión

Como lo hemos expresado con anticipación, en la actualidad, a raíz de la reforma que estamos comentando (ley 389 de 1997), el contrato de seguro, en forma alternativa, puede ser válidamente acreditado mediante la confesión, posibilidad que, en el pasado no existía, por más que categórica y honestamente, el asegurador lo confesara, lo reconociera sin quiebres y con rotundidad, situación ante la cual había que desoír al confesante, a sabiendas, de una parte, que confesión proviene de *confessio*, que a la vez deriva de *fateri, fari*, que significa ‘luz’, ‘brillo’ y, de la otra, que de antaño se ha considerado la “reina de las pruebas” (*confessio est regina probationum*), fundamentalmente por cuanto exige para su concreción jurídica, que lo confesado se torne perjudicial para él, pues como atinadamente lo recuerda el maestro Francesco Carnelutti, “*La confesión no sólo es un testimonio cualificado por el sujeto, sino también por el objeto. No cualquier testimonio es confesión, sino solamente aquel*

---

<sup>41</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J., “La conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato. Alcance de la trilogía integrada por los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su celebración”, en *Libro en homenaje al profesor Fernando Vidal Ramírez*, Lima, 2011.

*que narra un quid contrario al interés de la misma parte [...]. Precisamente sobre esta particularidad del objeto se funda la credibilidad de la confesión”*<sup>42</sup>.

Clásica es la noción de confesión del célebre profesor de la Universidad de Pisa, Carlos Lessona, conforme a la cual *“confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente) mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos”*<sup>43</sup>.

Al fin y al cabo, como igualmente lo recreaba Ulpiano en el sapiente derecho romano clásico, *“Ninguna misión [o muy poca, decimos nosotros] tiene el juzgador sobre los que confiesan”* (*Nulla partes sunt iudicandi in confitentes*), pues si su *animus confitendi* es genuino, cumplidos todos los requisitos de ley, por qué no admitirla como medio de prueba idóneo, amén que fidedigno, en principio, y darle la espalda a una aceptación tan paladina, toda vez que como lo ha puesto de presente el profesor de la Universidad de Roma, Giuseppe Chiovenda, *“la confesión nos presenta dos afirmaciones concordantes relativas a un mismo hecho, y éstas constituyen, normalmente, un límite para el poder del juez, en el sentido que, por regla general, debe sin más poner el hecho confesado como base de la resolución”*<sup>44</sup>.

La Corte Suprema de Justicia, validando tal aserto, en sentencia del 4 de abril de 2002, indicó que “[...] requisito esencial de la confesión es [...] que verse ‘sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan la parte contraria’; desde luego que en derecho, así civil como penal, hacer una confesión, confesar una cosa, un hecho, un acto jurídico, es reconocer como verdadero el hecho o

---

<sup>42</sup> Francesco CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Utetha, 1944, t. II, pág. 483.

<sup>43</sup> Carlos LESSONA, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Reus, 1957, t. I, pág. 389.

<sup>44</sup> Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, vol. III, pág. 66.

el acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas”.

Por ello el legislador de 1997, siguiendo las directrices del propio proyecto de 1958, en materia de seguros hoy admite la confesión como una de las vías probatorias para acreditar la relación aseguraticia. El art. 870 del aludido proyecto, en efecto, era claro al aseverar que “El contrato de seguro en cuanto a sus elementos esenciales, su renovación o prórroga, su revalidación, sus modificaciones substanciales y las especificaciones indicadas en los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 7º, se probará por medio de prueba escrita emanada de la parte obligada o de confesión judicial. Las demás especificaciones del contrato se probarán por cualquier medio de prueba”.

El nuevo art. 1046 del Código de Comercio, en virtud de la reforma de finales de la última década del anterior milenio, señala que “El contrato de seguro se probará por escrito o confesión”, sin limitarla a la judicial, pues no hace ninguna distinción, a diferencia del proyecto de 1958, como se observó, razón por la cual el ordenamiento jurídico patrio concede una opción probática al servicio de los interesados, así sea una prueba que, obviamente, no dependa del tomador-asegurado o del demandante, según caso, merced a que está sujeta a varias exigencias, una de ellas, a la *intentio* o *animus* del confesante, circunstancia que en la práctica no se materializa cotidianamente, de manera que deviene excepcional y no a menudo -o día tras día-, motivo por el cual, como lo reconoce con autoridad el profesor Hernán Fabio López, dicha habilitación probatoria “[...] es de rara estructuración en la realidad”<sup>45</sup>.

Con todo, aunque sea cierto ello, como lo es, se nos antoja preferible que exista a que no existiera este nuevo medio, aunque se enrostre “[...]”

---

<sup>45</sup> Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO, *Comentarios al contrato de seguro*, op. cit., págs. 62 y 63, expositor que, expresa lo siguiente en torno a la confesión después de la reforma de 1997, corroborante de lo expuesto en el texto: “[...] el otro medio idóneo para acreditar la celebración del contrato de seguro, in extenso, es la confesión, respecto de la cual el artículo 3º de la ley 389 de 1997 no realiza ninguna cualificación, de ahí que, en principio, asevere que cualquiera de las posibilidades de confesión tipificadas en el estatuto procesal civil, naturalmente observando los requisitos propios de cada una de ellas, es idónea para efectos de demostrar la celebración del contrato de seguro, lo que [...] no pasa de ser una posición académica de rara estructuración en la realidad [...] una posición ingenua”.

la prioridad de la prueba documental sobre la confesional”<sup>46</sup>, entre otras razones por cuanto la confesión, como se precisó tangencialmente, puede, a manera de *plus*, sumarle algo que le reste al escrito; es decir que, *in casu*, podría sumarse o amalgamarse al documento existente, en sí insuficiente del todo, para completarlo, en cuyo caso la declaración confesional no abarcaría todo el tejido negocial, sino una parte, lo que podría ser menos improbable, aunque siendo de difícil consecución u obtención, máxime cuando la buena fe, en su más pura concepción, es una coordinada que invariablemente debe guiar la conducta del empresario, un profesional que debe comportarse como tal, esto es, con probidad, con limpieza, con honestidad, con sinceridad, con rectitud, con honorabilidad, como lo haría un ‘caballero’, *mutatis mutandis*, así fuera el confesante una persona jurídica, la que debería dar ejemplo, justamente por ser un profesional, que no un oportunista o un bribón.

Así las cosas, será necesario acudir a las normas inmersas en el Código de Procedimiento Civil, con el fin de esclarecer el alcance, tipología, forma, requisitos, procedimiento y, en fin, lo más relevante de esta “declaración de parte”.

Fundamental es que el confesante, entre otras exigencias, tenga capacidad, y que esté posibilitado o facultado para comprometer los intereses en juego, teniendo en cuenta los efectos que de ella emanan, para nada deleznable; todo lo contrario, este aspecto sube de tono, en tratándose del contrato de seguro, que a términos del artículo 1037, tiene como partes al tomador y al asegurador, entendido como “[...] la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizado para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”. Ello quiere significar, sin excepción, que la confesión, para que se torne eficaz, deberá ser realizada por un sujeto cualificado, y no por cualquier funcionario de la entidad aseguradora.

En compendio, como lo realza el art. 1046 del Código de Comercio, en su versión vigente, la celebración del contrato de seguro, en particular sus elementos estructurales o genéticos, al igual que los de carácter general, consustanciales a todo negocio jurídico, podrá comprobarse mediante un escrito, simple o calificado (escrito o póliza de seguro), bien

---

<sup>46</sup> Enrique FALCÓN, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2009, págs. 467 y 468.

individualmente o a través de varios escritos suficientes, o en virtud de una confesión emanada del asegurador, en cualquiera de sus tipologías o clases, en la inteligencia de que igualmente lleve a la convicción de que el seguro, otrora, sí se perfeccionó y, por ende, surgió a la vida jurídica, sin que ello se oponga a que, articuladamente, en lo pertinente, pueda unirse la confesión al escrito o viceversa, pues no son excluyentes, sino complementarios, desde el punto de vista teleológico.

*E. Legislación comparada. Visión internacional en torno al perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro*

En un todo de acuerdo con lo ya señalado en apartes anteriores, es menester reiterar que en la esfera internacional, la tendencia dominante es la de considerar al contrato de seguro un arquetípico contrato de forma libre o consensual, muy a tono con arraigados postulados o principios que en la materia campean en el derecho comparado<sup>47</sup>, variando, sin embargo, la temática referente a la prueba del contrato, vale decir, si hay o no libertad probatoria -plena o moderada-, siendo absolutamente claro, en todo caso, que existencia y acreditación de la relación negocial son dos aspectos muy diversos, *stricto sensu*, según se evidenció. Obviamente, hay excepciones de cara a esta regla o tendencia general, igualmente como se comprobará, aun cuando en menor medida. Para avalar dichos asertos, vale la pena traer a colación algunas de las legislaciones internacionales, tanto del derecho americano, como europeo.

---

<sup>47</sup> Como bien lo revela la doctora Patricia JARAMILLO S., “La tendencia en cuanto al perfeccionamiento del contrato es la consensualidad. Aspectos sobresalientes de los seguros en el derecho comparado, en seguros”, *Temas esenciales*, Bogotá, Universidad de la Sabana-ECOE, 2007, pág. 87. Confr. Carlos SALINAS ADELANTADO, quien anota que en el derecho europeo, “salvo el derecho portugués los demás países consideran el contrato de seguro como consensual”. “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración de riesgo”, en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 97. Confr. Julio César GONZÁLEZ y Wemdy Carolina MEZA, “La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá”, op. cit., pág. 182.

- a) La legislación argentina de 1967, ley 17.418, en su art. 4º, prescribe que “El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza”. El art. 11, por su parte, manda que “El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”.
- b) El Código de Comercio boliviano, en el art. 984, expresa que “El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración”. Y el art. 1006 indica que “El contrato de seguro se prueba por escrito, mediante la póliza de seguro; sin embargo, se admiten los demás medios si existe principio de prueba por escrito”.
- c) El art. 1548 del Código Civil paraguayo manifiesta que “En el contrato de seguro los derechos y obligaciones de las partes empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza”. Y el art. 1555 explicita que “El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito. Sin embargo todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”.
- d) El art. 888 del Código de Comercio de Guatemala impera que “A falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, o por cualquier otro medio, si hubiera un principio de prueba por escrito”.
- e) El art. 537 del Código de Comercio de Nicaragua enseña que “El contrato de seguro se consignará por escrito en póliza o en otro documento público”.
- f) El decr. 1137, art. 6º del Código de Comercio del Ecuador dispone que “El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado [...]. Dicho documento se llama póliza [...]”.
- g) El art. 514 del Código de Comercio de Chile indica que “El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial [...]. El documento justificativo del seguro se llama póliza”.
- h) El art. 644 del decimonónico Código de Comercio del Uruguay prescribe que “En el contrato de seguro es absolutamente necesaria la póliza escrita, que podrá ser pública o privada”.

- i) El art. 1115 del Código de Comercio de Honduras señala que “El contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se probará por escrito”.
- j) El art. 758 del nuevo Código Civil del Brasil estatuye que “El contrato de seguro se prueba con la exhibición de la póliza o del certificado de seguro y, ante la falta de tales, por documento comprobatorio del pago de la respectiva prima”.
- k) El art. 1888 del Código Civil italiano ordena que “El contrato de seguro se probará por escrito”.
- l) El art. L.112-3 de la legislación francesa de seguros reza que “El contrato de seguro se redactará por escrito, en francés y en caracteres aparentes”.
- m) El art. 5º de la ley 50 de 1980, española, establece que “El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito [...]”.
- n) El art. 10 de la nueva ley belga del contrato de seguro puntualiza que “[...] el contrato de seguro, al igual que sus modificaciones, se probará por escrito entre las partes”.

Por su parte, con un carácter más global, los denominados Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (versión 2004), manifiestan en el artículo 1.2: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup>El comentario a este precepto realizado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, es del siguiente tenor: “Este artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de la forma. Aunque el artículo menciona únicamente el requisito de la forma escrita, este principio puede extenderse a cualquier otro requisito de forma. Este principio se extiende también a los supuestos de modificación y terminación del contrato por acuerdo de las partes. Este principio, que se encuentra en muchos ordenamientos jurídicos, cobra especial relieve en el contexto de las relaciones de comercio internacional, en las que gracias a los modernos medios de comunicación, suelen celebrarse con gran rapidez y prescindiendo de plasmación documental... La segunda frase de este artículo tiene el propósito de precisar que el principio de libertad de forma incluye la admisibilidad de la prueba oral en el proceso judicial”.

Y en la órbita de los proyectos, vale la pena recordar que en el Anteproyecto de Ley Modelo del recordado y afamado profesor Juan Carlos Félix Morandi, expresamente el contrato de seguro investía la condición de consensual, igual que el presentado en 2000 en la Argentina por el Poder Ejecutivo Nacional <sup>49</sup>, y como actualmente acontece con los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro, según se advirtió, los que también permiten, incluso, la prueba testimonial <sup>50</sup>.

#### *F. Balance general de la reforma, artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio*

Aunque hacer un balance general de los aspectos más salientes de la reforma, en lo que a la temática del cambio experimentado en punto tocante al perfeccionamiento del seguro y su régimen probatorio, demandaría un estudio mucho más detenido, ajeno al cometido trazado *ab initio*, como se mencionó, importa efectuar algunas conclusiones, se itera, de carácter más global, amén que preliminar.

Efectivamente, pese al plausible deseo de modernizar la legislación de seguros en los aspectos mencionados, muy a tono con el tráfico contemporáneo, a la par que con los dictados que se enseñorean en el derecho comparado y en un mundo cada vez más globalizado, no se obtuvie-

---

<sup>49</sup> El proyecto en referencia refrendó que el seguro debía seguir siendo consensual, pero amplió aún más el espectro probatorio, puesto que no se limitó al principio de prueba por escrito para la validez de la aducción y habilitación de cualquier medio probatorio. Es así como se dispuso que “el contrato de seguro puede probarse por cualquier medio de prueba”.

<sup>50</sup> No es entonces de extrañar que el profesor Morandi, a quien estuvimos tan ligados por años en el concierto internacional e institucional de la AIDA, con ocasión del dictado de las bases del proyecto de ley modelo del contrato de seguro, que luego edificó, expresara a finales de la década de los ochenta, “[...] que el criterio de la consensualidad es el que se ajusta [...] a la naturaleza propia del contrato de seguros, y permite diferenciar debidamente el negocio jurídico del instrumento por excelencia de su prueba, la póliza de seguro, sin que se convierta a esta última como el documento necesario para perfeccionar el contrato: la póliza funciona sólo *ad probationem* y no *ad substantiam*” (“Posibles bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguro en Iberoamérica”, Bogotá, 1988, CILA-AIDA y FIDES-Fasecolda).

ron los resultados esperados, habida cuenta de que, en el fondo, sin perjuicio de reconocer uno que otro avance puntual, como lo registramos en líneas anteriores, la pretendida reforma en estos campos fue más retórica, o nominal, que efectiva o real, hasta el punto de que cabalmente observadas las cosas, no faltarán voces que se sientan frustradas, por la cortedad o timidez legislativa, pues más allá de que el proyecto primigenio del Senado de la República (núm. 65) era perfectible y, por ende, podría exigir uno o varios ajustes, era más consecuente con el cambio que se decía reclamaba el contrato -y sigue reclamando-, conforme lo atestiguaba un importante sector de la doctrina, que no deseaba desperdiciar otra vez la ocasión de corregir el rumbo, ese que, por vía de ejemplo, ya en 1874 había emprendido la célebre ley belga del contrato de seguro, ese mismo que en Colombia se habría podido enderezar si el proyecto de 1958 y las potísimas razones esgrimidas por el profesor Ossa hubieran tenido eco.

Lo que se avanzó en la teoría o en el papel se retrocedió -o por lo menos se congeló- en la práctica, tanto que autores de gran prestigio entienden, no sin razón, que no se obtuvo un real y franco beneficio, como se creyó inicialmente, o como *prima facie* se piensa cuando se dice en el art. 1036 del Código de Comercio, que el seguro es consensual, proclama que, de una u otra manera se desmiente o por lo menos se atenúa sensiblemente en desarrollo de lo consignado diez artículos después (art. 1046).

Desde dicha colina, privilegiada por su ubicación y panorámica, el profesor Andrés Ordóñez, expresando el parecer de muchos, indica: *“la pregunta que debe hacerse realmente es si bajo el nuevo esquema, el asegurado o las partes en general ganan algo, respecto del sistema anterior, cuando todavía no se ha expedido el escrito que sirve como prueba. Tanto da no ser como no poder ser probado [...]. En tales condiciones, es forzoso admitir que el diseño legal deja mucho que desear en este aspecto como en muchos otros [...] y que, en estricto sentido, es válido pensar que es realmente muy poca la diferencia de este nuevo sistema con el anterior, a menos que se adopte una solución como la argentina”*<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Andrés ORDÓÑEZ O., *Lecciones de derecho de seguros*, op. cit., pág. 49 y ss. Vid. Julio César GONZÁLEZ y Wemdy Carolina MEZA, “La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá”, op. cit., pág. 182.

A análoga conclusión arribaron los autores de la conferencia presentada en el marco del citado XXV Encuentro Nacional de Acoldece, al señalar que “En cuanto a la aspiración de abolir la restricción probatoria o de pasar a la amplitud en esta materia, como lo establece la exposición de motivos [...], no podemos dejar de referirlo por lo menos tangencialmente, dado que al consagrar en la reforma del artículo 1046, limitaciones respecto a la prueba, se dejó en gran parte sin efecto el propósito de la consensualidad, no obstante tener clara la diferencia entre perfeccionamiento del contrato y la prueba del mismo [*sic*]. Así pues, la exigencia de la prueba del contrato de seguro por escrito o por confesión desdibuja el propósito de la consensualidad, más aún cuando no se trata de cualquier escrito, sino de uno que identifique a las partes y que contenga los elementos esenciales del contrato; contrariando de cierto modo el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que las partes pueden acudir a cualquier medio de convicción para comprobar los hechos cuya verificación interesa”<sup>52</sup>.

De igual modo, el agudo profesor mexicano Arturo Díaz Bravo, refiriéndose a nuestra legislación patria, la que conoce ampliamente, con ocasión del examen de la consensualidad del seguro (“La consensualidad imperante y sus problemas”), manifiesta que “*Resurge mi duda en cuanto al consensualismo colombiano [...]. Si, pues, para demostrar la existencia del contrato es precisa la existencia de una constancia documental -por cuanto dudo mucho de que la prueba confesional produzca los resultados apetecidos-, ¿a qué papel queda reducido el tan predicado consensualismo?; ¿en qué situación probatoria se coloca a un asegurado carente de la constancia escrita de la cobertura? Me atrevo, en consecuencia, a sostener que nuestra ley es, el fondo, de un formalismo vergonzante*”, comentario que efectúa tan reputado tratadista, luego de haber señalado que la ley mexicana a juicio del recordado don Felipe de J. Tena “*consigna una mentira y quien creyera descubrir en él la atrevida y plausible reforma que literalmente expresa, pronto sufrirá el más completo desengaño*”, de suerte que en opinión de aquél, la ley del hermano país (LSCS), también “[...]”

---

<sup>52</sup> XXV Encuentro Nacional de Acoldece, *Diez años de la ley 389 de 1997*, Luis Alberto Botero, Patricia Jaramillo y Fernando Rodas (coords.), op. cit., pág. 22.

*se inscribe dentro de tal línea consensualista, si bien de modo seriamente atenuado, a tal punto que es válido afirmar que se incurre en una autocontradicción”*<sup>53</sup>.

No obstante lo anterior, es posible que en Colombia se haya ganado algo en celeridad, muy especialmente por la previsión del art. 1046, en el sentido de que la póliza debe ser entregada en los quince días siguientes a la celebración del contrato. Empero, en lo cardinal, pensando en el consumidor, en sentido lato, en el asegurado, no hay un cambio sustancial, *a fuer* que relevante -o descollante-, a todas luces porque como se mencionó, en los campos examinados fue más cosmético y aparente, obviamente sin borrar de plano algún avance, si es que ha tenido lugar alguno, v.gr., la entronización de la confesión, con sus consabidas limitaciones prácticas, como se reseñó.

Se dilapidó pues una oportunidad para avanzar realmente en la dirección correcta, dando pasos más firmes y, sobre todo, acordes con lo que significa derruir la solemnidad del seguro, a nuestro juicio, no de ahora, sino de tiempo atrás, inconveniente, retardataria y de espaldas a la realidad del tráfico moderno, signado por la libertad de forma o, si se prefiere, por el principio espiritualista de la consensualidad de los negocios jurídicos, llamados a fluir sin tantos obstáculos, razón por la cual nos declaramos, una vez más, confesadamente consensualistas<sup>54</sup> y, por ende, refractarios del llamado “retorno del formalismo”, y en tal virtud, partidarios de la

---

<sup>53</sup> Arturo DÍAZ BRAVO, *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá, Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2009, págs. 68 y 69. Dicha “autocontradicción”, predicable de nuestra nueva orientación legislativa en Colombia, tan ilustre exponente del derecho mercantil iberoamericano la justicia en los siguientes términos: “*En efecto, mientras que por una parte proclama que nuestro contrato ‘Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviera conocimiento de la aceptación de la oferta...’, lo que haría pensar en un consensualismo a ultranza, por la otra previamente deja sentado, con toda claridad, que ‘Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se hará constar por escrito. Ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar su existencia’ (art. 19)*”.

<sup>54</sup> Sin perjuicio de una que otra voz aislada, cada vez más acalladas, hay que reafirmar, antes de concluir este ensayo, la tendencia indiscutida legislativa y doctrinal de tornar consensual el seguro, o conservar su calidad de tal, según el caso, en sintonía con las directrices existentes en la órbita contractual, en general, claramente respetuosas de la autonomía privada y de la libertad humana.

libertad, esa que Don Miguel de Cervantes, en su obra cumbre (*Don Quijote*), concibiese así: “*La libertad, Sancho, es uno de los más preciados dones que a los hombres les dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida*”.

Ojalá en una reforma ulterior se revise más detenidamente este punto; todavía es posible corregir la ruta, pero no mediante más reformas aisladas, que no dialogan con la normativa aseguradora restante, sino con arreglo a una reforma madura, más ambiciosa e integral que, sin intereses distintos de refinar y modernizar nuestro Código de Comercio y, en general, la legislación atinente al contrato de seguro, se pueda llevar a cabo, entre otras motivaciones, en guarda de procurar una recodificación del derecho privado del seguro (el contrato), como quiera que, desventuradamente, muchos eslabones navegan por fuera del Código, con riesgo de naufragar, en paladina afrenta del prístino concepto de codificación y del orden y sistematización que ella conlleva, todo implica como secuela de la malhadada y erosiva descodificación o dispersión normativa, según lo hemos dicho en diversas oportunidades, y hoy lo repetimos, aun con más convencimiento por el problema de fuentes del derecho y de la inseguridad jurídica reinante<sup>55</sup>. Realidad ésta que, con urgencia, o por lo menos prioridad suma, debe concitar el interés de académicos y legisladores, a fin de que responsablemente se piense en la “recodificación” del derecho, incluido el llamado “microsistema del seguro”, o en la adopción legislativa de códigos de principios (principalística)<sup>56</sup>,

---

<sup>55</sup> Vid. Fernando HINESTROSA F., “Codificación y dispersión normativa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Javeriana-Temis, 2010, t. IV, vol. I, pág. 3 y ss.; Mauricio TAPIA R., “Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, *ibidem*, pág. 11 y ss. y Ricardo LORENZETTI, *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*, Bogotá, Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pág. 75 y ss.

<sup>56</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J. y Rafael WILCHES D., “La principalística como eje para la armonización, la recodificación y la globalización ordenada del derecho”, en *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Colección Prospectivas del Derecho, Bogotá, Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pág. 15 y ss.

por cuanto es nociva la práctica de la atomización preceptiva, una especie de reinado de leyes autonómicas o de profusión de feudos normativos, en sí mismos inconexos y ajenos al diálogo legislativo, consustancial a la codificación. Cuánta razón le asiste al analítico profesor de la Universidad de Génova, Vincenzo Roppo, cuando refiriéndose al contrato en el siglo XXI, en una visión actual y también prospectiva, señala que “*La irrupción de las leyes especiales como fuente cada vez más importante del derecho de los contratos significa descodificación; significa surgimiento, al margen de un código en retirada, de microsistemas extracódigo; significa (en la medida en que las leyes especiales sobre el contrato son leyes relativas a tipos o clases singulares de contratos) nuevo protagonismo de los tipos contractuales, en detrimento del ‘contrato en general’, y creciente dificultad para reconstruir, en este cuadro de fragmentación cada vez más marcado, una significativa unidad de la figura contractual. Significa en fin -por lo menos para quien ve en estos procesos algún riesgo de efectos descontrolados e indeseables- el trabajo en aras de la recodificación, de la recomposición de los fragmentos, de la recuperación de la figura y del régimen contractual a un nivel superior de generalidad*”<sup>57</sup>.

## Bibliografía

- ALPA, Guido, *Contratti in generale*, Torino, Furún, Utet, 1990, t. I.
- ANTIGONO Donati, *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, Milano, Giuffrè, 1954. vol. II.
- ARTIGAS, FRANCISCO, CANALES P. Nicolás; CONTRERAS S. Osvaldo; KLIWADENKO Igor y PERALTA LARRAIN, Ricardo, “Los riesgos derivados del comercio electrónico y el uso de la Internet y su aseguramiento”, Memorias.
- BARRERA, Carlos Darío, “La formación del consentimiento en el contrato de seguros”, en *Evolución y perspectivas del contrato de seguro*

---

<sup>57</sup> Vincenzo ROPPO, *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 19 y 20.

- en Colombia*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, (Acoldese)-Editora Guadalupe, 2001.
- BAUMEISTER T., Alberto: “Nuevo régimen de seguros en el derecho venezolano”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 21, Bogotá, Universidad Javeriana.
- BOTERO, Luis Alberto, Patricia JARAMILLO y Fernando RODAS (coords.), Medellín, 2007, *Memorias*, Bogotá, Editora Guadalupe, 2010.
- BUSTAMANTE FERRER, Jaime, *Principios jurídicos del seguro*, Bogotá, Temis, 1996.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944. t. II.
- CHAGNY, Muriel y PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1940, vol. III.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal*, 7ª ed., Bogotá, ABC, 1982, t. II Pruebas judiciales.
- DI SABATO, Daniela, *Il documento contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1998.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, Iure Editores, 2010.
- *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel, *El seguro de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad del Rosario-Universidad Javeriana, 2006.
- FÁBREGA, Jorge, *Teoría general de la prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1997.
- FALCÓN, Enrique, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- FARNSWORTH, *Fundamentos de derecho patrimonial*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, vol. I.
- FAVRE ROCHEX, André y COUTIEU, Guy, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1998.
- FONTAINE, Marcel, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996.
- GALINDO CUBIDES, Hernando, *El seguro de fianza*, Bogotá, Legis, 2011.
- GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de seguro*, Madrid, Aguirre, 1982.
- GHERSI, Carlos, *Contrato de seguro*, Buenos aires, Astrea, 2007.

GONZÁLEZ, Julio César y MEZA, Wemdy Carolina, “La prueba del contrato de seguros. Comparación normativa entre Colombia, Venezuela y Panamá”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, Universidad Javeriana, N° 33, 2011.

GROUDEL, Hubert, *Le contrat d'assurance*, Paris, Dalloz, 1995.

HALPERIN, Issac, *Seguros*, Buenos Aires, Depalma, 1983, vol. I.

HINESTROSA F., Fernando, “Codificación y dispersión normativa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Javeriana- Temis, 2010, t. IV, vol. I.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio y WILCHES D., Rafael, “La principialística como eje para la armonización, la recodificación y la globalización ordenada del derecho”, en *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Colección Prospectivas del Derecho, Bogotá, Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

- “La conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato. Alcance de la trilogía integrada por los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su celebración”, en *Libro en homenaje al profesor Fernando Vidal Ramírez*, Lima, 2011. (en prensa)
- “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Lima, Grijley, 2007, t. II.
- “Lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Universidad Javeriana-Temis, N° 1, Bogotá, 1992.
- *El renacimiento de la cultura jurídica en Occidente*, Bogotá, Universidad Javeriana- Temis, 2004.
- *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Bogotá, Temis, 1986.
- *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

- JARAMILLO S., Patricia, *La tendencia en cuanto al perfeccionamiento del contrato es la consensualidad. Aspectos sobresalientes de los seguros en el derecho comparado, en seguros. Temas esenciales*, Bogotá, Universidad de la Sabana-ECOFE, 2007.
- KULLMAN, Jérôme, “Le contrat d’assurance”, en *Lamy Assurances*, Paris, 2005.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne y LEVENEUR, Laurent, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2005.
- LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Reus, 1957, t. I.
- LIEBMAN, Enrico T., *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJEA, 1976.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Comentarios al contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 2010.
- “Nuevo régimen probatorio del contrato de seguro”, en XXI Encuentro Nacional de Acoldece, Bucaramanga, Memorias, Bogotá, 1999.
- LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo, *Ley de seguros, Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo y PERUCCHI, Héctor A., *El contrato de reaseguro*, Buenos Aires, La Ley, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo, *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*, Bogotá, Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- MASSIMO BIANCA, C., *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, vol. III, El contrato.
- MEILIJ, Gustavo Raúl y BARBATO, Nicolás, *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus, 1975.
- MORANDI, Juan Carlos Félix, “Legislación sobre el contrato de seguro en la Argentina”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 1, Bogotá.
- “Posibles bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguro en Iberoamérica”, Bogotá, 1988, CILA-AIDA y FIDES-Fasecolda.
- MORENO, Orlando J., *La consensualidad y el contrato de seguros, III Congreso de Derecho Ibero-Latinoamericano de Seguros, AIDA-CILA*, Buenos Aires, 1993.
- NARVÁEZ, Jorge Eduardo, *El contrato de seguro en el sistema financiero*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.

- ORDÓÑEZ, O., Andrés, “La consensualidad y su proyección en el contrato de seguro”, en XXI Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldese), Bucaramanga, 1998, Memorias, Bogotá, 1999.
- *Lecciones de derecho de seguros. Cuestiones generales y elementos del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- OSSA G., J. Efrén, *Teoría general del seguro*, Bogotá, Temis, 1991, vol. I La institución.
- *Teoría general del seguro*, Bogotá, Temis, 1991, vol. II, El contrato.
- OVIEDO, Jorge, *La formación del contrato*, Bogotá, Universidad de la Sabana-Temis, 2008.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería El Profesional, 2009.
- PICARD M. y BESSON, A., *Les assurances terrestres*, Paris, LGDJ, 1982, t. I, Le contrat d’assurance.
- RAMÍREZ G., José Fernando, *La prueba documental, Teoría general*, Medellín, Señal Editora, 2009.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico del comercio electrónico en Colombia”, en *VII Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros*, Rosario, Argentina, 2001, Memorias.
- ROCHA, Antonio, *Derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1958.
- ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, Milano, Giuffré, 2000.
- *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- SALANDRA, Vittorio, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto*, Roma, Assicurazione, Foro Italiano, 1966.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos, “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración de riesgo”, en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982, t. I.
- *Ley de contrato de seguro*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- SCALFI, Gianguido, *I contratti di assicurazione*, Torino, UTET, 1991.

- SCHWAEERG, Carlos, “La consensualidad en el contrato de seguro”, *III Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros*, Buenos Aires, 1993.
- SOLER, Amadeo, *El nuevo contrato de seguro*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- SOTO, Héctor Miguel, *Contrato. Celebración, forma y prueba. Con especial referencia al contrato de seguro*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- STEINFELD, Eduardo, *Estudios del derecho de seguros*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- STIGLITZ, Rubén, *Derecho de seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- TAPIA R., Mauricio, “Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, *ibidem*.
- VIVAS, Gabriel J., “Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia. Ley 389 de 1997”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 12.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN LA  
REPÚBLICA PLURINACIONAL DE BOLIVIA, DR. RAMIRO  
MORENO BALDIVIESO \*

*Palabras de presentación por parte del señor académico de número y presidente de la corporación, Dr. Juan Carlos Palmero*

Como presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, nos resulta un inmenso honor y por sobre todas las cosas, una gran satisfacción el asumir la responsabilidad de tener a cargo la presentación del señor presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, Prof. Dr. Ramiro Moreno Baldivieso, quien a partir de este acto solemne, pasa a formar parte como miembro correspondiente y amigo dilecto de esta corporación, para continuar y profundizar un largo camino emprendido hace ya tiempo entre ambas instituciones, relación que brinda frutos y beneficios a ambas naciones por igual.

El adoptar decisiones de esta importancia, produce siempre una gran alegría, no sólo porque se alargan las fronteras de nuestro cometido institucional, sino también y de manera especial, en razón que como en este caso, acercan destacadas personalidades de la cultura y del derecho que vienen a enriquecer y honrar nuestra galería de destacados juristas que representan las más diversas naciones y lugares del mundo.

Pero si esto es verdad en general, este supuesto reviste una connotación especial que le asigna significativa trascendencia, ya que si bien los méritos y antecedentes del incorporado lo presuponen como punto de partida, esta decisión va más allá de la importancia propia e indiscutible del Dr. Moreno Baldivieso, para inscribirse en un acto de justicia y reconocimiento a la hermana República de Bolivia.

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 18 de octubre de 2011.

No podemos silenciar que nos une un pasado y origen común en la lucha por los sueños de la emancipación americana, donde estuvimos uno al lado del otro tanto en el sacrificio como en la gloria, pero además y esto no constituye un dato menor, porque a partir de los siglos XVII y XVIII las ciudades de Córdoba y Sucre se transformaron en faros luminarios capaces de brindar a través de sus respectivas universidades -dirigidas por los jesuitas-, la formación técnica de los juristas que fundaron los basamentos filosóficos y legales del derecho de estas incipientes naciones hasta nuestros días.

¿Quién podría desconocer el paralelismo cultural existente entre la Universidad Nacional de Córdoba, fundada en 1613, por Fray Fernando de Trejo y Sanabria, con la Universidad Mayor Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca, que por voluntad y decisión del sacerdote jesuita Juan Frías de Herrán, comenzara su tarea docente el 17 de marzo de 1624 en la ciudad de Sucre?

¿Cómo olvidar en este momento, la loable misión cumplida por la *Academia Carolina de Charcas*, organismo para universitario conformado por un cuerpo de jóvenes graduados en leyes y en cánones, que brindaba la preparación necesaria para el ejercicio de la profesión frente a la Audiencia, y por la cual pasaron personalidades de la talla de Mariano Moreno, con su célebre disertación sobre “*El servicio personal de los indios, yanaconas y mitarios*”, o las de no menor significación, como las del jujeño Teodoro Sánchez de Bustamante, del cordobés José Felipe Funes, o la del prócer de mayo Juan José Castelli, Felipe Antonio Martínez Iriarte, José Eugenio Del Portillo y Manuel Antonio de Castro -que fuera Rector y protector de nuestro patrono, el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield-, como así muchas otras celebridades más que fueron creando el bagaje cultural y caldo de cultivo de las ideas que pusieron en movimiento la independencia de Americana, en la cual participaron por igual bolivianos y habitantes del Río de la Plata?

¿Sería factible silenciar la influencia de las constituciones de la Universidad de Charcas de 1624, elaboradas por Frías Herrán, con las elaboradas por el Padre Rada, el 13 de febrero de 1680 para la Universidad de Córdoba, que de esta manera quedaron hermanadas en lo que hace a su basamento institucional, pedagógico y académico de su época?

Y esto no es poca cosa, a punto tal que en cierta manera y no bien se profundiza el punto de análisis, resulta difícil distinguir aspectos propios o

singulares de cada lugar, ya que tanto la Casa de Trejo, como la de Chuquisaca, constituyeron y conformaron el numen y la llama intelectual capaz de llevar adelante la gesta de la independencia colonial y lo que resulta más importante aún, los fundamentos científicos del derecho privado de nuestros días y que se cristalizaran en los ordenamientos jurídicos de 1833 y 1871 respectivamente.

Quisiéramos entonces destacar la extraordinaria significación simbólica e institucional que reviste esta incorporación, ya que una tarea de cooperación intelectual con los juristas bolivianos, ello nos permitirá seguramente avanzar sobre los cimientos de una idéntica cultura y valores semejantes, para desandar cualquier ruta que implicara división o fractura y por el contrario, volver a nuestras fuentes, donde no encontramos otros antecedentes que no sean los que surgen de una fraterna hermandad, derivada de la historia y pasado en común, que nos instan marchar sobre idénticas bases morales, jurídicas y sociales que dieron lugar a nuestra nacionalidad.

Vaya entonces, nuestra primera explicación en orden a destacar una de las múltiples razones que tuvimos para decidir la incorporación como miembro correspondiente de esta Academia, al Dr. Ramiro Moreno Baldivieso, que constituye sin ninguna duda un acto de absoluta justicia en razón de sus numerosos e incuestionables merecimientos personales y científicos que lo destacan como un jurista completo, capaz de abarcar el amplio espectro que ofrecen las disciplinas normativas, pero al mismo tiempo y en la persona de nuestro homenajeado, extender nuestros brazos abiertos a Bolivia, República hermana en las angustias y preocupaciones en la larga búsqueda de un destino libertario común para Latinoamérica, situación que todavía ahora desvela y angustia a nuestros conciudadanos.

El novel miembro correspondiente, constituye como dijimos al comienzo, un jurista dotado de una formación completa y reservamos este adjetivo sólo para aquéllos que han transitado por todos los caminos y vicisitudes que ofrece el mundo del derecho abrazándolo en su integridad, cosa que no ocurre con mucha frecuencia, tanto por la extensión de la materia de que se trata, como así por las diversas y hasta contradictorias funciones sobre las cuales se extiende su amplísimo contenido.

Cabe destacar dentro de su preparación académica, el haber obtenido importantes títulos académicos, dentro de los que caben mencionar el

“*Master en Leyes de la Harvard Law School*”, “*Program of Instructions for Lawyers*” de la misma universidad, una especialización en la “*Universidad Complutense de Madrid*” y una licenciatura en Ciencias Jurídicas y Políticas de la “*Universidad Mayor de San Andrés*”, establecimientos del mayor prestigio y excelencia internacional, todo lo que revela la dedicación y el empeño puesto a los fines de lograr los basamentos científicos necesarios para el desarrollo de las actividades que conforman e integran una currícula sobresaliente.

Comenzaremos destacando que estamos en presencia de una persona que ha recorrido en toda su extensión, las exigencias derivadas del ejercicio de la docencia y la investigación, que se exterioriza con su destacado y afamado magisterio en las *Universidad Mayor de San Andrés*, sita en la localidad de La Paz, donde profesa como profesor titular de Derecho Civil, cumpliendo tareas similares especialmente en la enseñanza de posgrado, en las universidades *Andina Simón Bolívar* y *Católica Boliviana San Pablo*, siempre dentro de la perspectiva de la asignatura señalada, especialmente a través de la Cátedra de Contratos.

A su vez, agrega funciones docentes en la *Escuela Militar de Ingeniería y la Europea de Negocios*, donde profesa por el contrario, como catedrático de Derecho Comercial, profundizando la preparación de los egresados a través del estudio y profundización de la *lex mercatoria*, todo ello en el *Centro Latinoamericano de Formación y Capacitación Integral*, lo que demuestra una formación integral sobre el amplio universo del derecho privado, única manera de cerrar el círculo que demandan los grandes cambios recientes experimentados en la sociedad de nuestro tiempo, superando de esta manera las limitaciones y valladares mezquinos de los especialistas, para apreciar la lucidez del derecho en su conjunto, tal como naciera en la antigua Roma y prevaleciera hasta nuestros días a través de las grandes vertientes jurídicas de la modernidad.

El Dr. Moreno Baldivieso resulta, en consecuencia, docente en *utroque iuris* (civil y comercial), es decir, con capacidad para profesar y enseñar tanto el tronco común, derivado del derecho universal, como así los llamados derechos especiales, que aunque nacidos como “categorías históricas”, hoy revisten tanta o igual importancia que antaño por las exigencias y demandas de una realidad cada vez más rigurosa, para poder encontrar las respuestas y formulaciones técnicas que demandan las diversas circunstancias que debemos afrontar.

Es evidente que nada de esto podría hacerse sin disponer de una preparación y cultura jurídica absolutamente actualizada, exigencia propia de los hombres dedicados a las preocupaciones derivadas de las ciencias normativas, a las que nuestro miembro correspondiente nunca dio la espalda o se redujo a visiones reducidas respecto de lo que ocurre en el diario quehacer de los hombres de negocios a los que es menester siempre facilitarles una tarea realmente complicada y singular.

Vaya una nota de color, porque esto no es frecuente ni seguramente lo vemos con asiduidad: con más de cincuenta años y cuando muchos en condiciones semejantes piensan cómo hacer para trabajar menos o escapar a las responsabilidades y esfuerzos propios del aprendizaje, Moreno Baldivieso se dispuso seguir un Curso de especialización en *Corporation* (derecho societario), nada menos que la Universidad de Harvard, y compartiendo una vida intensa de estudio y camaradería con estudiantes muchos años menores que él, tuvo la fuerza y perseverancia para seguir adelante con estos esfuerzos que le permitieron no solamente la formación que precisaba, sino también la actualización imprescindible para entender el mundo económico negocial a través del estudio de los entes capaces de darle investidura jurídica a los diversos emprendimientos actuales en su más diversa y compleja variedad.

Con estas iniciativas se demostró a sí mismo, a sus hijos, asociados que comparten su estudio y a los diversos discípulos que los siguen en los establecimientos que hemos mencionado, que no existe edad ni límite alguno para el afrontar nuevos desafíos y que siempre se es joven cuando se dispone de un alma inquieta e insatisfecha, que nunca se rinde cuando se trata de aprender más, avanzando cada día un peldaño en la escalera del saber, actitud que sólo es posible encontrarlas en los hombres que disponen de una voluntad y entereza a prueba de cualquier obstáculo o impedimento que se oponga a su férrea voluntad y determinación.

Más allá de las actividades académicas que lo muestran como el gran profesor de derecho privado, nuestro miembro correspondiente forma parte del Estudio Jurídico que lleva su nombre y dirige, a los que se suma sus hijos y otros asociados, con sucursales en las ciudades más importantes de Bolivia y donde brinda asesoramientos profesionales de excelencia en todo lo que hace a los procesos de inversiones extranjeras, servicios públicos, seguros, atención de los contratos nacionales e internacionales complejos, circunstancia que lo coloca entre uno de los bufetes más importantes de Bolivia, precedente por cierto nada menor.

Siempre hemos pensado que la abogacía es una ciencia aplicada, lo que hace que en la valoración de los antecedentes, el haber logrado resultados destacados en el ejercicio de la profesión, los mismos resulten mucho más importantes que cualquier otra de las múltiples actividades que pueden desarrollarse en torno al mundo del derecho, funciones que obviamente se encuentran despojadas de las complejidades propias de los conflictos de intereses, como así del rigor de las contiendas judiciales, donde se pone a prueba otras virtudes o iniciativas especiales para alcanzar el éxito necesario en este sentido.

Un profesor brillante y reconocido, a lo que se agrega el profesional de prestigio y consulta, no puede dejar de lado al publicista de nota, y en este sentido merece recordarse que el Dr. Moreno Baldivieso es autor de varios libros sobre temas de *Propiedad industrial, Arbitraje y aspectos legales de los negocios en Bolivia*, como así de diversos e innumerables artículos de su especialidad aparecidos en diversas ediciones como la *Revista Energía y Negocios Internacionales de Argentina*, la *Energy Press* de Santa Cruz de Bolivia y otras de no menor significación, todo lo que cierra un círculo completo que define una personalidad sobresaliente.

Esta larga y valiosa trayectoria ha sido reconocida en múltiples y diversas oportunidades por su país y sus conciudadanos, habiendo obtenido importantes distinciones nacionales y extranjeras, entre las que mencionaremos la de *Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia*, -revistiendo actualmente el cargo de Académico Presidente-, a lo que debe agregarse los reconocimientos como miembro correspondientes de las academias de Colombia, Gallega y Costarricense, agregando ahora la de Córdoba.

En el terreno del arbitraje reconoce innumerables antecedentes de este modo alternativo de justicia contractual que cada día parece sustituir los mecanismos ordinarios de dirimir los conflictos especialmente de orden comercial, pero al mismo tiempo se lo ha distinguido como conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, e iguales funciones de la Corte Superior de Distrito de la Paz, ambos tribunales de la República de Bolivia.

Podríamos seguir desgajando otros antecedentes de su brillante currícula, que obviamente no terminaríamos nunca por su importante extensión y contenido, pero debemos sin embargo expresar que por encima de todos estos títulos, estamos en presencia de una persona de excelente trato, un padre de familia ejemplar y de un amigo que apreciamos en toda

su magnitud y seguramente a partir de esta incorporación podremos avanzar disfrutando de su trato y sus condiciones humanas que conforman igualmente que sus méritos académicos, el antecedente más destacado que debe apreciarse al adoptarse una decisión como la que hoy celebramos en este acto formal de incorporación.



# **EL SEGURO DE CAUCIÓN y LA CLÁUSULA DE GARANTÍA AUTOLIQUIDABLE A PRIMER REQUERIMIENTO \***

por RAMIRO MORENO BALDIVIESO \*\*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Análisis jurídico del seguro de caución. III. ¿El seguro de caución indemniza o repone? IV. Ámbito de aplicación del seguro de caución. V. El seguro de caución y la cláusula de garantía auto-liquidable y a primer requerimiento y su relación con la garantía constitucional del debido proceso. VI. Situación del seguro de caución en Bolivia. VII. Conclusiones y recomendaciones.

## **I. Introducción**

Es innegable que dentro del esquema mundial de la economía y del entorno de los negocios, la cuestión de dar forma segura a éstos para el cumplimiento legal de las obligaciones contraídas, ha tenido un incremento notable, no sólo por la intervención activa e interesada de actores financieros en un ámbito privado, sino por la necesidad que tiene el sector público de llevar adelante grandes emprendimientos y proyectos (especialmente en aquellas economías con mercados emergentes) en diferentes sectores de la economía.

---

\* Conferencia dictada el 18 de octubre de 2011.

\*\* Master en leyes (LLM) Harvard Law School, Harvard University (Estados Unidos de Norte América), abogado de la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA), La Paz (Bolivia), presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia, catedrático de Derecho Civil y de Derecho Comercial de la Universidad Andina, sede La Paz, ex - conjuer de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, Socio Principal del Estudio Moreno Baldivieso Abogados.

Dentro de ese contexto, se hace indispensable contar con figuras legales que otorguen tanto a las personas particulares como al Estado mismo de la eficiencia y garantía, no sólo desde el punto de vista económico o técnico, sino jurídico a través de contar a su disposición con instituciones legales efectivas y definidas, como viene ocurriendo en otras partes del mundo donde éstas funcionan de manera eficiente y complementaria, constituyendo valiosas herramientas que les puedan servir de protección frente a un posible incumplimiento de parte de las personas/entidades que tienen a su cargo precisamente llevar adelante esos proyectos y emprendimientos.

Una de esas figuras legales que indudablemente adquirieron relevancia en los tiempos actuales, es aquella referida a la forma en que el acreedor puede estar protegido -en una actividad de carácter económica- frente a un posible incumplimiento de un tercero vinculado por un contrato, causándole un perjuicio de tal manera que podría poner en riesgo el futuro de las actividades de contraparte contratante acreedor. Dicho instrumento legal pasa por los conceptos de la garantía que el deudor puede ofrecer al acreedor. Por lo que estaríamos entonces evocando a la figura jurídica de la fianza.

Sin embargo, lo que se persigue es que no sea cualquier clase de garantía dentro de las variadas que se dan en el espectro legal, sino una especial, diferente, con más solidez, que goce de rasgos distintivos de los propios bienes que el deudor podría tener, y en el caso que nos toca analizar, una garantía de un tercero ajeno a las partes que puede estar evidenciada por una póliza de seguro para que, ante la posibilidad de un incumplimiento del deudor, el acreedor pueda quedar resarcido. Este mecanismo es lo que la doctrina y la legislación denominan seguro de caución<sup>1</sup>. Es posible que algunos, quizás, consideren que nos estemos

---

<sup>1</sup> Dra. Sabina Díaz Marshall, “*La realidad indica, que los operadores económicos, a la hora de conceder un crédito, aplazar o aceptar compromisos futuros, han desplazado el centro de su preocupación desde la idea tradicional de solvencia como titularidad de bienes en cuantía superior al compromiso asumido; hacia la solvencia entendida como la capacidad para generar la liquidez suficiente para asumir esos compromisos. El análisis actual de las garantías no se efectúa solo examinando el valor de los bienes del sujeto, sino que se tiene en cuenta la capacidad de pago del mismo. Es así que se recurre a nuevas figuras -en las que ubicamos el Seguro de Caución-, que vienen*

refiriendo a la figura jurídica de la fianza por los elementos personales intervinientes en la operación jurídica. Sin embargo, como veremos más adelante, estamos frente a una figura propia que se muestra ante los estudiosos e investigadores a través de diversas fisonomías y características, que van desde su consideración como una mera fianza, hasta la representación de una figura independiente, autónoma y compleja a su vez.

Dentro de esa caracterización tan peculiar del seguro de caución, es donde se combinan elementos que marcan una tendencia a seguir que actúa como un mecanismo que otorga cierto grado de seguridad y confianza, y que al decir del profesor español Carlos Hoyos Elizalde “*el campo de acción del seguro de caución es muy vasto pudiendo ser aplicado a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen un reforzamiento de su contenido obligacional*”<sup>2</sup>, y más aún, cuando el asegurado es el Estado, cuando éste especialmente requiriera llevar adelante la contratación de obras y servicios. Le corresponde a éste proteger mejor sus intereses y también el de los particulares con relación a personas con las cuales lleva adelante contratos, encontrándose en la obligación de exigir que le otorguen las garantías que sean eficientes y efectivas para evitar posibles incumplimientos, y qué mejor que esa protección sea realizada mediante el instituto jurídico como el que analizamos en esta oportunidad dentro del marco de una combinación que se complementa de manera armónica con la introducción de cláusulas de garantías independientes o garantías a primer requerimiento<sup>3</sup>.

---

*a reforzar la posición del acreedor frente a un eventual incumplimiento del deudor y a su vez optimizan los recursos financieros de las empresas y favorecen su capacidad crediticia” Naturaleza y función del seguro de caución, Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, 2009, pág. 161.*

<sup>2</sup> CARLOS HOYOS ELIZALDE, “*Dada la finalidad del seguro de caución-sustitución de una garantía real o caución propiamente dicha, su campo de actuación es muy vasto, pudiendo ser aplicado a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen un reforzamiento de su contenido obligacional*”. “*El seguro de caución: una aproximación práctica*”, Madrid, Mapfre, 2007, pág. 29.

<sup>3</sup> MAURICIO BORRETO y BEATRIZ DELLA SAVIA, “*La práctica ha demostrado la conveniencia de separar la garantía de la obligación principal garantizada creándose un título abstracto, desvinculado del contrato base. De esta manera, la garantía a primera demanda intenta evitar que los eventuales incumplimientos o los vicios del contrato base puedan reflejarse en el momento del pago*”. *Derecho económico empresarial, Estudios en Homenaje al Dr. Hector Alegría*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 1.

La inclusión dentro del seguro de caución de las denominadas cláusulas autoliquidables o de garantía a primer requerimiento, podría representar un ventaja y avance dentro de la configuración general del seguro de caución; sin embargo, también ha motivado a muchas críticas y sobre todo aquellas relacionadas con el uso de dichas cláusulas de manera injusta, de situaciones de abuso del derecho o con una marcada mala fe por parte del asegurado. Estas cláusulas que tienen una caracterización peculiar, tienden a otorgar al Estado, principalmente, contratos relacionados con los de obra y servicios, suministro o gestión y que se llevan adelante mediante mecanismos de licitación pública, “*buscan evitar desviaciones de poder y reducir gastos para el gobierno y para el contribuyente que en definitiva, es el que finalmente paga*”<sup>4</sup> dando una mayor seguridad, rapidez y cobro de las pólizas de manera expedita y sin dilaciones, no estando el Estado obligado a justificar ningún incumplimiento, basta solamente una comunicación escrita a la aseguradora por la cual se declara el incumplimiento y se pide el pago del monto asegurado que se encuentra predeterminado en la condiciones generales de la póliza significando un mecanismo que simplifica la ejecución y el cobro de la póliza, como se verá más adelante.

Sin embargo, no hay que perder la perspectiva de que también fruto de esa simplicidad se tiene que esas pólizas sean consideradas como peligrosas por los contratistas como así lo recoge el propio Banco Mundial en el comentario que realiza el reconocido autor español Dn. Carlos Hoyos Elizalde<sup>5</sup>.

## II. Análisis jurídico del seguro de caución

En nuestra realidad contemporánea, mucho se viene discutiendo en la doctrina sobre las características jurídicas de esta institución y aún no

---

<sup>4</sup> Carlos HOYOS ELIZALDE, *Reglas sobre fianzas de la Cámara de Comercio Internacional, Actualidades: artículos técnicos de interés*, Revista Mercado Asegurador, Año XXIV, N° 266, Bs. As., 2002, págs. 24-27.

<sup>5</sup> “*La comunidad de contratistas tiene serias objeciones contra este tipo de fianza, ya que la misma puede ser ejecutada (o amenazar que va a ser ejecutada) por los beneficiarios sin justificación. Los beneficiarios deberían, de acuerdo con las condiciones contractuales, ejecutar las fianzas sólo cuando recibieran una certificación del ingeniero de la obra en tal sentido*”. Ibidem, pág. 2.

se puede arribar a un concepto unívoco. Quizás, por un lado, por la variedad de enfoques o de matices que se presentan a la hora de analizar su contenido jurídico-doctrinario, y por otro, por su aplicación en la práctica que se viene haciendo de manera consistente en los últimos tiempos. Este seguro, indudablemente, viene teniendo un desarrollo importante no sólo desde la perspectiva económica-nacional, sino también dentro de su dimensión internacional, pudiéndose afirmar que ha incursionado en otras ramas del derecho externalizándose de su destino general comprendido en el derecho comercial (que es el lugar específico del derecho de seguros), para llegar a tener preferente lugar en el derecho público especialmente dentro del derecho administrativo.

Para el análisis inicial, es necesario partir de hacer una bifurcación en el sentido de que esta clase de garantía viene dada por la institución de la fianza tal como es tratada en el Código Civil y en el Código de Comercio, que es reconocida por los diferentes ordenamientos jurídicos de los países, o si por el contrario es una subespecie del seguro de crédito<sup>6</sup>. Dentro de este contexto, no siempre los autores están de acuerdo con este criterio, pues sostienen que desde el punto de vista del riesgo que cubren ambos seguros, como así de su operatividad, son seguros distintos, pues el uno, el seguro de crédito cubre el riesgo de la insolvencia, y el otro, el de caución cubre el riesgo del incumplimiento, sin embargo, ambos tiene idéntico objeto asegurado: un derecho de crédito<sup>7</sup>.

Otra parte, no menos importante, de la doctrina parece inclinarse en el sentido de que de la fianza se deriva el seguro de caución; parte del análisis de que desde los albores de nuestra civilización se vio la necesidad de contar con algo que garantizase el pago de lo comprado o devolver el bien tomado a préstamo a través de la entrega de prenda, y como esta prenda que se entregaba era muchas veces difícil de trasportar, se buscaron alternativas como algo equivalente y mejor si podía ser mediante un bien inmueble. De igual manera, se vio la necesidad de que si la garantía

---

<sup>6</sup> “Tradicionalmente, el seguro de caución se ha asociado al de crédito, configurándose a aquel común especie de éste. La doctrina en este sentido es unánime al considerar que constituyen ambos lo que se ha denominado ‘seguro de créditos’”. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *El seguro de caución, Estudio crítico*, Madrid, Mapfre, 2007, pág. 3.

<sup>7</sup> Sabina DÍAZ MARSHALL, ob. cit. pág. 163

hubiera sido realizada por una tercera persona, ésta responde por el incumplimiento de la parte obligada el cumplimiento de la prestación.

Diferentes ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el español en su ley 50 de 1980, tratan por separado dos seguros: el seguro de crédito y el seguro de caución dándoles caracteres propios y diferenciados entre sí. En efecto, en el art. 68 se refiere al seguro de caución y en el art. 69 se refiere al seguro de crédito, pero reconocidas opiniones de doctrinarios españoles, hacen énfasis en el común denominador de ambos seguros son provenientes del instituto de la fianza.

De igual manera ocurre con la legislación argentina en su ley 20.091, que rige la actividad aseguradora, en cuyo art. 7° inc. b 2° párrafo, establece que las entidades aseguradoras podrán otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros cuando los planes se propongan, se configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas. Esta permisión de otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros por operaciones de seguros aprobadas, le da un carácter de ser una fianza asegurativa, más aún si está contenida en una norma que regula todo el régimen de seguros que tiene su correlato en lo que es el contrato de seguro previsto también en su ley 17.418.

En lo particular se puede afirmar que el seguro de caución ha recibido conceptualizaciones de carácter doctrinal y legislativo. Desde la perspectiva doctrinal, y siguiendo lo que nos ilustra el tratadista español J. Garrigues, cuando hace un análisis del art. 68 de la ley 50 de 1980, al afirmar que la doctrina discute si el llamando seguro de caución es o no un verdadero contrato de seguro y que bajo la ley española por el tratamiento que se le otorga, es que si se tratase de un contrato “*cuyo supuesto de hecho consiste en haber incumplido el tomador del seguro sus obligaciones legales o contractuales frente a un acreedor suyo. En este supuesto el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado (acreedor), a título de resarcimiento o penalidad (calificativo este que no armoniza bien con el del contrato de seguro), los daños patrimoniales surgidos dentro de los límites establecidos en el contrato*”<sup>8</sup>. En esta misma línea de pensamiento se encuentra también el autor

---

<sup>8</sup> Joaquín GARRIGUEZ, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1972, t. II, pág. 336.

español Broceta Pont, para quien: “*los seguros de caución son los que se estipulan para garantizar al acreedor una obligación no necesariamente dineraria que será resarcida en caso de incumplimiento de dicha obligación*”<sup>9</sup>. Esta definición ha merecido la crítica de tener un carácter restrictivo y que limita el seguro de caución a obligaciones no dinerarias, aspecto que no siempre ocurre así.

Por su parte, el autor Gerardo D. Santicchia, en su trabajo *Derecho de caución*, lo define indicando que “*una primera aproximación defina éste como una garantía que una empresa aseguradora brinda a un tercero por las consecuencias de eventuales incumplimientos del pago que ligan a ese tercero con el tomador*”. Considero que podríamos tener con esta definición una mejor precisión acerca del instituto que analizamos, pues señala que es una empresa aseguradora la que garantiza ante un eventual incumplimiento de pago, entendiéndose éste como el incumplimiento de una prestación en que puede incurrir un tercero, que sería el asegurado con el tomador.

Por otra parte, como me referí anteriormente, los aportes legislativos de los diferentes países nos brindan conceptos y definiciones algunas veces con caracteres muy parcos o también definiciones que con una diferente denominación tratan del seguro de caución, como es el caso de la ley española, ley 50/1980 de 8 de octubre que en su art. 68 ofrece un concepto legal en los siguientes términos: “*por el seguro de caución, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*”<sup>10</sup>. Este concepto de fuente legislativa, ha sido criticado por el tratadista J. Garriguez, en el sentido de tener contenido realmente singular y quizá superfluo y que no tiene un mecanismo subrogatorio sino la concesión al asegurador de un derecho propio

---

<sup>9</sup> Luisa ESPERANZA RODRÍGUEZ GRILLO, *Los seguros de crédito y de caución en Latinoamérica*, Madrid, Mapfre, Estudios, 2001, pág. 9.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 7.

nacido del contrato y frente al cual el tomador no podrá oponer las excepciones que tuviere contra el asegurado <sup>11</sup>.

En nuestro continente, la legislación colombiana denomina seguro de fianza al seguro de caución, habiendo merecido desde luego una crítica de parte de los escolásticos entendidos en la materia en sentido del uso terminológico y que además que la ley que creó y reguló este seguro de fianza, la denominó, seguro de manejo y de cumplimiento.

Dentro de las características del seguro de caución, de manera inequívoca se lo caracteriza como un seguro en el que intervienen tres elementos, que son denominados elementos personales del seguro de caución y son los siguientes <sup>12</sup>:

- El tomador del seguro, persona natural o jurídica que contrata el seguro con la empresa aseguradora y a quien puede corresponder el desencadenamiento del siniestro en caso de incumplimiento determinadas obligaciones, bien sean éstas legales o contractuales.
- El asegurado, que es la persona natural o jurídica a quien afectará la ocurrencia del siniestro, en cuyo caso se convierte en acreedor del asegurador.
- El asegurador, la compañía de seguros que, a cambio de una prima pagada por el tomador, se compromete a indemnizar los daños producidos al asegurado en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones por parte de aquél.

Esta concurrencia tripartita, a diferencia de otras clases de seguro, en la que concurren solamente dos en la conformación de la relación jurídica contractual, hace que esta clase de seguros sea diferente y especial dentro del derecho de seguros. En efecto, la clasificación tripartita hace referencia a: a) seguro de cosas determinadas, b) de derechos determinados y c) de todo el patrimonio. De acuerdo con el tratadista Joaquín Garriguez, el seguro de caución estaría enmarcado dentro de la segunda categoría y que la diferencia con el seguro de crédito no es una diferencia de esencia sino de grado <sup>13</sup>. Esta misma opinión es compartida

---

<sup>11</sup> Joaquín GARRIGUEZ, *Curso de derecho mercantil*, t. II, pág. 336.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Joaquín GARRIGUEZ, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1983, pág. 336.

por el Prof. Camacho de los Ríos, ya que los únicos seguros que se refieren al patrimonio completo son los de responsabilidad y lo que se protege no es una cosa concreta (material o inmaterial), sino el patrimonio en sí.

En este análisis doctrinal, se puede afirmar que gran parte de ésta se inclina por considerar al contrato de seguro de caución como un seguro por cuenta ajena, por el cual el tomador identifica a una persona diferente con la cual se encuentra vinculado a través de un contrato que algunos denominan “contrato subyacente”, siendo éste el que garantiza frente a la posibilidad de un incumplimiento por parte del tomador del seguro de caución. De acuerdo con el autor español Embid Irujo, el seguro de caución, el tomador no asegura un interés ajeno, de forma que aquél no cubre su responsabilidad civil respecto de ésta, sino que asegura directamente el interés del último respecto del bien, y contra los eventos que puedan dañarlo, sea que ello genere o no responsabilidad ajena<sup>14</sup>.

El seguro de caución está caracterizado por elementos esenciales de su contenido como nos lo señala la Dra. Sabina Díaz Marshall<sup>15</sup> y que son: el carácter autónomo del negocio al tener éste un carácter indemnizatorio, pues el riesgo cubierto por el asegurador es el daño que deriva del incumplimiento de la obligación del tomador y la indemnización es pagada por el que tiene por objeto eliminar los efectos negativos de tal incumplimiento en el patrimonio del asegurador; la accesoriedad en sentido amplio, pues presume la existencia de una obligación principal; la subsidiariedad que es una consecuencia de la naturaleza substitutiva proveniente de la obligación del fiador cuando este cumple las obligaciones en lugar del principal.

Finalmente un aspecto que todavía permanece en una amplia discusión doctrinal es el referido a la naturaleza jurídica del seguro de caución. Diversas teorías tratan de explicar el componente sobresaliente y valedero de este seguro, algunas de las cuales se inclinan por combinar elementos tanto del seguro como de la fianza. Para una mejor precisión acerca de las diferentes corrientes doctrinarias, considero adoptar la metodología desde dos perspectivas: 1) Agrupar una corriente que conceptualiza el

---

<sup>14</sup> José Manuel EMBID IRUJO, *El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, Buenos Aires, La Ley, 1996.

<sup>15</sup> Sabina DÍAZ MARSHALL, págs. 181, 182.

seguro de caución como de naturaleza jurídica asimilada al contrato de fianza, y 2) aquella otra corriente que considera a este seguro como de naturaleza mixta.

A la primera corriente doctrinal se adscribe el citado tratadista J. Garriguez, para quien el seguro de caución “*se trata de un seguro de características muy singulares porque se parece y al mismo tiempo se diferencia de la fianza*”<sup>16</sup>. También para el autor español Dn. Carlos Hoyos Elizalde, el seguro de caución es el seguro que garantiza al acreedor de una obligación el resarcimiento de los daños que puede provocar su incumplimiento<sup>17</sup>.

También dentro de esta corriente doctrinal se encuentra aquélla que afirma el seguro de caución es un contrato preparatorio, negando la naturaleza asegurativa de su contenido por cuanto el fin perseguido por las partes es la constitución de una fianza y que la póliza no es más que un acto preparatorio donde se insertan las partes, se fija el importe de la fianza, su exigibilidad, etc. Desde luego que esta teoría ha recibido muchas críticas en razón de que la naturaleza jurídica del contrato preparatorio o precontrato no puede ser aplicable a la caución.

Finalmente, tenemos en esta vena doctrinal a quienes sostienen que el seguro de caución se configura dentro de los contratos a favor de terceros, tal como se le da el tratamiento en el Código Civil, es decir, aquél en que las partes celebran el contrato para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, pero que éste no ha tenido participación en el negocio y no queda obligado por él, entendiéndose que se trata de una fianza en favor de tercero, con una garantía asumida en virtud del acuerdo entre deudor y fiador, participando las tres personas que le dan la característica de ser un contrato de fianza: el deudor-tomador ocuparía el lugar del estipulante; el asegurador el lugar del promitente, y el asegurado el del tercero en cuyo favor se realiza el contrato, dando lugar a la conformación de tres relaciones jurídicas muy bien definidas: a) Relación entre el promitente (asegurador) y el estipulante (tomador); b) Relación entre el estipulante (tomador) y el beneficiario (asegurado), c) Relación entre el promitente (asegurador) y el beneficiario.

---

<sup>16</sup> Joaquín GARRIGUEZ, ob. cit. 11, pág. 350.

<sup>17</sup> Carlos HOYOS ELIZALDE, ibidem, pág. 19.

Por otra parte, dentro de la otra corriente doctrinal que agrupa a quienes consideran al seguro de caución como de naturaleza mixta, encontramos como rasgos característicos el hecho de combinar dos elementos, el fideiusorio y el asegurativo. Sobre esta base, se agrupan diferentes teorías que lo enfocan como un negocio indirecto; como un negocio complejo y mixto; como negocio jurídico atípico y como un aval en sentido amplio.

Para sustentar la teoría de que se trata de un negocio indirecto, afirman que las partes concluyen un contrato de seguro, pero lo que realmente persiguen es la constitución de una fianza. Se debe tomar en cuenta que lo que las partes persiguen al momento de contratar es contar con un tercero que en su caso responda frente al incumplimiento del fiado utilizando los mecanismos técnicos del seguro, y se aplicarían las regulaciones del contenido en sí de la fianza en cuanto a su tratamiento jurídico de fondo, y de manera indirecta por los aspectos de forma, el mecanismo técnico del seguro. Desde luego que esta teoría ha recibido críticas en el sentido de que las partes tendrían un tipo contractual determinado y a través del mismo realizar intereses que son ajenos a los contratos elegidos y propios de otro contrato<sup>18</sup>.

Siguiendo el análisis de la naturaleza jurídica, tomando en cuenta la faz mixta del seguro de caución, nos toca referirnos a la teoría del negocio complejo mixto, que es compartida por la jurisprudencia italiana cuando señala que cuando existe imposibilidad de definir categóricamente una figura jurídica y cuando ésta contenga diversidad de elementos de varios institutos, deberá optar por la teoría de la absorción y tomando en cuenta la función fideiusorio, la teoría de fianza. Pero la complejidad no implica que no se la pueda encuadrar dentro un esquema negocial en función a la causa. No se puede aceptar que el seguro de caución tenga una causa mixta, ya que la causa de este seguro es la garantía en favor del beneficiario.

Con relación a la teoría del negocio jurídico atípico, indica que estamos frente a un seguro de caución de naturaleza atípica por tratarse de un contrato de garantía personal y que se le incorporan modificaciones parciales al negocio de la fianza, lo que lo convierte en un subtipo innominado de fianza, es decir una variación de la fianza con elementos prepon-

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 184.

derante de ésta, pero que le da una configuración atípica con una tendencia a convertirse en una subclase o subtipo del contrato de fianza. Esta teoría tiene varios adherentes en España (Embido Irujo) y también tiene apoyo en la jurisprudencia de dicho país.

Finalmente, la teoría del aval en sentido amplio considera al seguro de caución como un contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos, entendiéndose el aval como un contrato de garantía y en esa función se explicaría la inclusión de cláusulas “a *primer requerimiento*”<sup>19</sup>.

Desde mi particular punto de vista, considero que el seguro de caución es un contrato de carácter integrado, pues participa de la fianza y que como toda fianza tiene la particularidad de ser un contrato a favor de terceros, y dentro de su estructura de forma, se integra con las características de seguro cumpliendo una función fundamental de estar referido a garantizar al asegurado ante el incumplimiento del tomador/deudor, el que se encuentra vinculado con el asegurado mediante un contrato subyacente.

En definitiva, dada la diversidad de posturas doctrinales sobre un mismo seguro, considero que más allá de buscarle su esencia jurídica, nos debe preocupar si a través de esta figura jurídica los intereses económicos de los actores intervinientes son compatibles con los fines y objetivos que el mercado requiera para la utilización de este mecanismo asegurativo y si cumple con la utilidad para los diferentes negocios jurídicos, sean privados o aquellos en los que interviene el Estado con la administración pública, tal es el caso de llevar adelante grandes emprendimientos de infraestructura teniendo la certeza de que tanto las obras como los servicios serán cumplidos o si por el contrario no ocurre esto, se tendrá que no se producirán perjuicios para el beneficiario de la obra, precisamente por la actuación de la institución jurídica como es el seguro de caución.

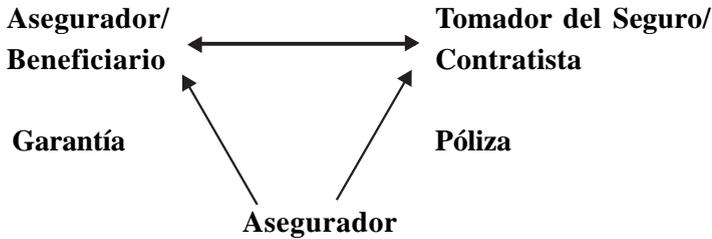
Finalmente, para una mejor comprensión esquemática del seguro de caución, el autor español, Carlos Hoyos Elizalde realiza una representación de los elementos personales y técnicos de este seguro, afirmando que de este seguro derivan una dualidad de relaciones jurídicas entre el asegurador y el contratante, por un lado, (pago de la prima, obligación de

---

<sup>19</sup>Ibidem, pág. 185

reembolso en caso de siniestro) y, por otro, el asegurador y asegurado. Esta representación es de la siguiente manera <sup>20</sup>:

**Contrato**



**III. ¿El seguro de caución indemniza o repone?**

La característica esencial del seguro de caución, como vimos anteriormente, radica en cubrir aquel perjuicio económico que se haya ocasionado al beneficiario como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del tomador, constituyéndose según algunos autores en una ambigüedad <sup>21</sup> puesto que no se determina cómo puede producirse este incumplimiento, es decir que ésta viene enunciada de una manera general, no importando la causa o motivo o los justificativos que indujeron a que el tomador incumpla con el contrato subyacente que lo vincula con el beneficiario.

Otra vez más, la doctrina no encuentra coincidencias, sobre si el seguro de caución es indemnizatorio o repositorio, más bien por el contrario para algunos existen diferencias conceptuales contradictorias.

Como vimos anteriormente, gran parte de la doctrina se inclina por considerar que el seguro de caución es un seguro que recae sobre el patrimonio del asegurado por lo que dicha patrimonialidad perjudicada se

<sup>20</sup> Carlos HOYOS ELIZALDE, *Ibidem*, pág. 20.

<sup>21</sup> BROCEA PONT citado por Luisa Esperanza RODRÍGUEZ GRILLO, *ob. cit.* 9, pág. 8.

traduce en una indemnización por los perjuicios causados ante el incumplimiento del tomador. Esto viene a significar que lo anterior es una de las características esenciales del seguro de caución, es decir, la función indemnizatoria; pues al cumplir éste una función de garantía, el asegurado, que en muchos casos es el Estado, tiene el derecho de requerir al asegurador el pago de la indemnización cuando incumple su contraparte (tomador), a diferencia de otras clases de seguros donde el fin perseguido por éste es de carácter repositorio, como ocurre en la mayoría de los seguros que recaen sobre las cosas.

Por otra parte, también la doctrina se inclina por señalar que es repositorio, debido a que por el hecho del incumplimiento se causan pérdidas económicas en contra del beneficiario y dichas pérdidas económicas deben ser repuestas por el asegurador en nombre del tomador al beneficiario. Como se puede evidenciar, el incumplimiento causa perjuicios económicos en el patrimonio de beneficiario, quien tiene que verse en la posibilidad de recuperar esa pérdida económica a través de la reposición hecha en un monto previamente y específicamente señalado en la póliza, es decir el monto asegurado. Se afirma que no corresponde referirse a una indemnización ya que el incumplimiento del tomador pudo estar referido a situaciones que no dan lugar a daños y perjuicios, que son conceptos íntimamente ligados con la indemnización, a diferencia de la reposición que ocurre con el mero hecho del incumplimiento.

Como quiera que se plantee la situación del incumplimiento del tomador, ante dicho hecho, opera -en la mayoría de los casos- el mecanismo del pago de la cantidad señalada como el monto asegurado de manera tal que no se entra a la discusión o análisis de las causas que motivaron el incumplimiento por parte del tomador, más aun cuando lo que se convino como modalidad del seguro, que sea a primer requerimiento.

De mi parte, considero que el seguro de caución es indemnizatorio en razón a que la esencia del seguro de caución es el cumplimiento por otro cuando haya habido un incumplimiento que se traduce en una indemnización dispuesta de antemano, y que si bien se está entregando una cantidad, ésta no puede tener la calidad de ser repositorio porque si no estamos hablando entonces de una tautología, pues entre los dos conceptos convergen hacia un mismo fin.

#### IV. **Ámbito de aplicación del seguro de caución**

Decíamos líneas arriba que este seguro, de un tiempo a esta parte ha venido tomando una importancia por sus efectos no sólo de carácter jurídico, sino en el entorno económico- financiero ya que se adscribe dentro del derecho de seguros como un elemento eficaz y eficiente para los actores económicos. Grandes emprendimientos con millonarias inversiones que se llevan adelante donde las garantías clásicas muchas veces son rebasadas o su costo resulta demasiado oneroso y de difícil accesibilidad, han tenido su soporte y desarrollo gracias a la utilización del mecanismo del seguro de caución.

Donde primordialmente se utiliza este seguro es a través de sus diversas modalidades ya que su campo de aplicación es muy amplio. Así tenemos que una clasificación desde la perspectiva de la utilidad, nos ayudaría en nuestra misión de determinar la aplicación práctica de este seguro. Bajo estas premisas me permito seguir la clasificación que nos brinda la profesora uruguaya Dra. Sabina Díaz Marshall, que dice debe distinguirse entre seguros de caución en garantía de obligaciones legales o judiciales, y seguros de caución en garantía de obligaciones contractuales y que al decir de Embid Irujo, *“... la variedad de supuestos pueden agruparse, en dos categorías, la primera a aquellas pólizas suscritas por empresas que se comprometen a ejecutar obras o servicios a favor de la Administración pública siendo la emisión de las mismas consecuencia de una disposición legal. O a favor de particulares, asegurando el cumplimiento de una obligación, en cuyo caso se basan en contrato o en la ley, y las segundas, aquellas pólizas suscritas por funcionarios públicos con tareas relativas al tráfico económico”*<sup>22</sup>.

Siguiendo esta clasificación, el seguro de caución puede estar referido a las situaciones jurídicas siguientes:

1. Seguro de caución que tiene por objeto el cumplimiento de obligaciones contractuales, donde se garantizan contratos de ejecución de obras, servicios, suministro de materiales. Dentro de esta categoría, se encuentran las cauciones denominadas de garantía de oferta o licitación, cuyo

---

<sup>22</sup> Ibidem, pág. 193.

objeto es garantizar frente a la parte que convoca a licitación a indemnizarle en los casos de incumplimiento de a quien le hubiera adjudicado el contrato. El objeto del contrato es que una vez presentada la propuesta el proponente tiene que mantenerla hasta que se formalice el contrato o hasta que se constituyeran las garantías a las que se hubiera comprometido; es decir, solamente se garantiza la seriedad de la oferta contenida en la propuesta.

2. *Garantía de ejecución de contrato de obras públicas.* Como consecuencia de lo anterior, y una vez adjudicado el contrato debe procederse con la constitución de la garantía que asegura que el adjudicatario proponente cumplirá con todo lo que establece el contrato de obra. Corresponderá al asegurador en nombre del asegurado y hasta el límite del monto asegurado en la póliza indemnizar sólo y únicamente en caso de incumplimiento por parte del tomador de la póliza. Este contrato tiene por objeto la actuación de un tercero ajeno al contrato que se obliga a compensar las pérdidas económicas que pudiera producir el incumplimiento del tomador frente al asegurado.

Estos son los seguros de caución más utilizados, pudiéndose sin embargo garantizar contratos de suministro, obligaciones contraídas con autoridades aduaneras, para garantía de mantenimiento de calidad, para garantizar cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, que no serán objeto de análisis en el presente trabajo.

En Bolivia el D.S. 181 referente a las normas básicas del sistema de Administración de Bienes y Servicios que tiene por objeto lograr la eficiencia y agilidad de los procesos de contratación realizados por el Estado, claramente establece las clases o tipos de garantías a ser prestadas estableciendo que tendrán las características de ser renovables, irrevocables y de ejecución inmediata señalando dichas garantías las siguientes:

- a) *Boleta de garantía.* Emitida por cualquier entidad de intermediación financiera bancaria o no bancaria, regulada y autorizada por la instancia competente;
- b) *Boleta de garantía a primer requerimiento.* Emitida por una entidad de intermediación financiera bancaria o no bancaria, regulada y autorizada por la instancia competente.
- c) *Póliza de seguro de caución a primer requerimiento.* Emitida por una empresa aseguradora, regulada y autorizada por la instancia competente.

Como podemos ver del último inciso del referido artículo, las pólizas de caución están expresamente reconocidas por la norma a la que les dio la característica de ser a primer requerimiento y que sea emitida por una entidad debidamente autorizada y regulada como son las sociedades anónimas cuyo objeto está referido a los actos y operaciones de comercio señalados en el art. 6° inc. 9 del Código de Comercio cuando señala que los actos y operaciones de comercio son entre otros...: la actividad empresarial a prima o mutuos sobre daños patrimoniales y personas coincidente con el art. 6° de la ley de seguros N° 1885 de 25 de junio de 1998.

## **V. El seguro de caución y la cláusula de garantía auto-liquidable y a primer requerimiento y su relación con la garantía constitucional del debido proceso**

La interrelación que puede darse entre un contrato que tiene características especiales y contornos diferenciadores, con la cláusula de un contrato garantizador de un contenido económico relevante sin que se pueda invocar coetáneamente ninguna excepción en casos de incumplimiento, es sin duda una situación compleja pero de no difícil de comprender. Nos estamos refiriendo a los denominados seguros de caución y la cláusula de garantía autoliquidable y a primer requerimiento.

Partiré analizando el tema de las garantías especiales. Es reconocido por una amplia corriente doctrinal apoyada en experiencias prácticas, que recurrir sólo al contrato de fianza para garantizar emprendimientos importantes que implican grandes sumas de dinero y un intenso intercambio de bienes y servicios de carácter internacional, parece ser que ésta es insuficiente no sólo por su naturaleza jurídica (accesoriedad, prestación diferente de la obligación principal, etc.), entonces es necesario contar con otro tipo de garantías *tan duras como el granito* <sup>23</sup>.

En un magnífico e interesante trabajo, el Dr. Mauricio Borreto en su libro *Las garantías autoliquidables*, se refiere al tema con una prolijidad y profundidad, que es pocas veces visto al analizar instituciones que

---

<sup>23</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 2, pág. 98, 1996; cita de Federico M. ANDERANI.

tienen que ver con el derecho de garantías, y muy en particular con las garantías autoliquidables poniendo en debate, algo que me parece que tendremos para mucho tiempo, y poco material para el análisis; me estoy refiriendo a si las garantías autoliquidables guardan relación con la norma fundamental, o si por el contrario están en contra de ella.

A todo esto debe adicionarse la circunstancia de que recurriendo a la jurisprudencia, no se tienen precedentes actuales y novedosos conformantes de una corriente uniforme que contribuya al esclarecimiento del tema. Creo que es válido plantearse su constitucionalidad o no, pues si partimos *prima facie* de que estamos frente a su constitucionalidad, el instituto de marras se consolida como un instrumento valioso de desarrollo y protección para un sinnúmero de negocios jurídicos que contribuyen al desarrollo económico de los países. Si por el contrario, se llegara a determinar que se trata de un instituto que va en contra de la Constitución, sus consecuencias serían muy serias y perjudiciales afectando no sólo al propio instituto, sino a varios otros concomitantes con éste, pudiendo dar lugar a un sinnúmero de consecuencias jurídicas de suyo negativas.

En efecto, en diversas legislaciones del mundo se encuentran normadas las garantías autoliquidables con esta terminología o con otras; se habla *de garantía automática, a primera de demanda, por simple demanda, sin excepciones, a primera solicitud (à premiere demande, auf jedem fall without any constatación, a prima richiesta)*, “fianza a primera demanda”, “fianza incondicional”, “aval a primer requerimiento”, etc.<sup>24</sup> (las cursivas y comillas no son mías) y dentro del tema que nos ocupa, en el ramo de los seguros y muy especialmente el seguro de caución. En éste, las denominadas garantías especiales llamadas también garantías autoliquidables desempeñan un papel preponderante.

Para tener una idea inicial de a qué me estoy refiriendo, acudiré precisamente a la definición que nos brinda el profesor Mauricio Borreto<sup>25</sup> señalando que “*las garantías autoejecutables son medios de ejecución en los cuales: ... (i) La ley...o la autonomía de la voluntad ejercida por los sujetos de derecho al amparo de la ley... asignan a*

<sup>24</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2, pág. 95, 1996; cita de Daniela GIACOBBE; Raffaele CICALA.

<sup>25</sup> Mauricio BORRETO, *Las garantías autoliquidables*, Buenos Aires, La Ley, 2011, págs. 168-169.

*ciertos negocios jurídicos de garantía los mismos efectos que los derivados de una sentencia judicial (equiparación de títulos ejecutivos judiciales y extra judiciales);... (ii) de tal manera, los títulos extrajudiciales y privados que sustentan esos negocios jurídicos de garantía son susceptibles de agotar autónomamente el contenido de la función jurisdiccional, esto es, llevar a cabo la ejecución forzada sin que aquella haya sido precedida -dentro del propio trámite autoliquidativo- de una etapa de conocimiento. Se prescinde así de un periodo de conocimiento judicial dentro del propio trámite privado de autoliquidación patrimonial que lleva adelante el acreedor, en el cual el deudor y/o garante pueda ser oído (ofrecer prueba, oponer defensas, excepciones, alegar sobre el mérito de la prueba ofrecida, etc.); y...(iii) la ejecución de la garantía por el acreedor tiene carácter extra judicial ya sea mediante la realización, venta o enajenación privada de la cosa dada en garantía, o, alternativamente, a través de la estimación de su valor según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero, o finalmente, mediante la satisfacción directa del crédito por parte del garante previa notificación por el acreedor del incumplimiento en el que incurriera el deudor (v.gr., como ocurre en las garantías a primer requerimiento, en las que no se realiza cosa alguna)”. Como se puede apreciar, esta definición es omnicompreensiva y describe de muy buena manera la figura jurídica que analizamos en todos los aspectos que hacen a su conformación característica y que desde luego, resulta de mucha utilidad para su comprensión.*

Por su parte, el prestigioso profesor argentino Dr. Héctor Alegría, la define en los siguientes términos: *“Consiste en ciertos negocios de garantía, generalmente subsumibles a la prenda con desplazamiento, en los cuales: a) la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extracontractual y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata. O b) alternativamente, se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero”*<sup>26</sup>. Desde mi punto de vista, y coincidentemente con

---

<sup>26</sup> Ibidem, pág. 20.

lo expresado por los autores señalados precedentemente, la característica fundamental de las garantías autoliquidables radica en que la adjudicación de la cosa dada en garantía, se la realiza sin ninguna formalidad judicial o de controversia, de manera expedita e inmediata, favoreciendo al beneficiario de dicha cláusula en forma directa.

Es importante también mencionar una corriente doctrinal que toma muy en cuenta las obligaciones que son garantizadas en el tráfico del comercio internacional, habiendo demostrado estas garantías a primer requerimiento su eficacia y utilidad. Así el Dr. José Carlos Espigares Huete define a la garantía a primer requerimiento como a aquella forma de “*garantía independiente del contrato u obligación garantizados mediante el cual el garante (generalmente un Banco) se obliga ante el acreedor de una obligación (beneficiario de la garantía) a pagar una suma de dinero desde el momento en que éste se notifique el incumplimiento del deudor (ordenante de la garantía) sin que el beneficiario tenga que acreditar de ningún modo dicho incumplimiento. De este modo, proporciona una gran seguridad al beneficiario, ya que, con la simple acreditación mediante documento del hecho reflejado en la garantía, el banco (Compañía de Seguros) pagará la cantidad estipulada*”<sup>27</sup>.

Sin embargo, como crítica a esta corriente doctrinal, considero que no siempre la utilidad está orientada no solamente a aspectos del tráfico de comercio internacional, sino por el contrario se expande hacia ámbitos dentro del derecho administrativo, principalmente en aquellos contratos con el Estado que éste lleva adelante para la contratación de realización de obras y servicios donde la cláusula a primer requerimiento es y ha sido muy utilizada y se puede afirmar que forma parte integrante e indivisible de la póliza.

Por otro lado, en algunos sistemas del régimen de seguros en relación a las pólizas, se tiene establecida la modalidad pre-aprobatoria y registral para su validez y eficacia, o sea que las pólizas tienen que ser previamente aprobadas y registradas bajo un texto único, último e irremplazable en su redacción proveniente de la *autoridad* que corresponda, y no así de la voluntad de las partes, dándole de esta manera, una configu-

---

<sup>27</sup> José Carlos ESPIGARES HUETES, *La garantía a primer requerimiento*, Edit. Real Colegio de España (Bolonía), 2006.

ración especial a esta clase de garantía, que se diferencia de las garantías clásicas como la fianza misma, pero tiene la especial característica de ser independiente y autónoma respecto de la obligación garantizada y el derecho de pedir el pago de una suma de dinero garantizada que se encuentra señalada en el cuerpo mismo de la póliza.

La inclusión de una cláusula de garantía de ejecución inmediata, autoliquidable, al decir de los entendidos en la materia, tiene dos aspectos: el primero, el caso en el que se configura una situación en la que el contratante-asegurado, efectiviza su indemnización mediante la declaratoria de incumplimiento por parte del tomador-contratado, sin ningún otro trámite ni requerimiento adicional, correspondiendo en consecuencia que el asegurador, en mérito a esa declaratoria de incumplimiento, proceda a pagar el monto asegurado consignado en la póliza. Es decir, el hecho del incumplimiento hace exigible la obligación de la aseguradora de pagar la indemnización en favor del beneficiario, sin ningún requisito ni requerimiento ulterior. Cualquier reclamo posterior podrá ser llevado adelante en cualquier vía jurisdiccional, pero el pago siempre precederá a la pretensión de que no hubo incumplimiento por parte del tomador de la póliza, aun cuando éste alegue que las obligaciones contractuales contraídas dentro de su relación jurídico contractual, se desempeñó sin incurrir en ninguna clase de incumplimiento del contrato que lo vincula con el beneficiario-asegurado.

Con este efecto especial que se produce en esta clase de garantías especiales, se evita entrar en discusiones anteladas con relación al incumplimiento de parte del tomador de la póliza, y que el tomador con el fin de sustraerse al pago, alega que el incumplimiento no fue probado ni demostrado, pudiendo mantenerse esta discusión por un tiempo prolongado, y mientras tanto la obligación de pagar al asegurado no se efectiviza hasta que se dilucide la controversia y que puede tomar mucho tiempo. Con el mecanismo de la inclusión de la garantía al primer requerimiento, se evita entrar en la situación antes descrita.

La segunda situación que se presenta podría denominarse de desventaja para el tomador de la póliza, pues podría quedar a merced del asegurado cuando éste pueda proceder a abuso del derecho y con mala fe en su propósito de obtener el pago por un supuesto incumplimiento de parte del tomador/deudor. En algunos casos en los cuales el Estado, es el beneficiario dentro de un contrato de obra que esté garantizado de una póliza de caución con cláusula de ejecución inmediata, podría darse la

situación de que éste no admita que el incumplimiento no es atribuible al tomador/deudor y no obstante de eso, procede a declarar el incumplimiento y cobrar el monto asegurado en la póliza.

El escenario jurídico más relevante para el análisis viene a ser el hecho de que la inclusión de la cláusula de ejecución inmediata podría ser considerada como violatoria del derecho al debido proceso. Se afirma que modernamente dentro de la teoría constitucional, la garantía del debido proceso legal que inicialmente tuvo como ámbito exclusivo el del derecho penal, ha sido extendida al ámbito del derecho patrimonial negociable<sup>28</sup>. Según el Prof. Mauricio Borreto, el debido proceso no solamente queda referido a temas penales sino que esta garantía constitucional abarca a cualquier otra garantía constitucional para merecer un proceso justo y ante autoridad competente<sup>29</sup>.

Si nos encontramos frente a un hecho de que en aplicación al principio de legalidad nadie podrá ser condenado o ejecutado en sus bienes sin ser escuchado en un juicio imparcial, con la cláusula de garantía de ejecución inmediata, tendríamos todo lo contrario, es decir que por el solo hecho de pactarla aplicando el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, se atribuye a una de las partes la facultad de que sin proceso de ninguna clase ni contención alguna, una de las partes contratantes pueda pedir el cumplimiento de una prestación, significando que la declaratoria de incumplimiento dentro de un seguro de caución, equivaldría a la negación del debido proceso y una negación también del derecho de defensa.

A este respecto, como siempre existen opiniones doctrinales encontradas basadas en el hecho de que en mérito a la inclusión de la cláusula de ejecución inmediata principalmente en contratos que lleva adelante el Estado, éste al declarar el incumplimiento del deudor-tomador de la póliza y el pago que pueda realizar la compañía aseguradora, se está violando el principio de la garantía constitucional del debido proceso y del principio de defensa. Sin embargo, dado a que el contratante tomador de la póliza de manera voluntaria y por convenir a sus intereses y en ejercicio de sus derechos subjetivos se encuentra en plena libertad de convenir todo aquello

---

<sup>28</sup> Mauricio BORRETO, ob. cit. 25, pág. 15.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 15.

que no esté contrario a la ley ni afecte al orden público, por lo que se podría considerar que no existiría ninguna violación a la garantía constitucional del debido proceso, precisamente por la libertad de actuación voluntaria con la que procede el contratante/tomador consciente de que en caso de incurrir en incumplimiento de sus obligaciones contraídas en un contrato con el beneficiario asegurado, éste podrá accionar la cláusula y pedir la cláusula de ejecución inmediata y por tanto pedir el pago del monto asegurado en la póliza de seguro .

En un último trabajo presentado por los Dres. Mauricio Borreto y Beatriz Della Savia <sup>30</sup> en una ponencia ante las XXIII Jornadas de Derecho Civil 2011 llevadas a cabo recientemente en la ciudad de Tucumán, al plantearse la problemática de su constitucionalidad llegan a la conclusión de que las garantías autoliquidables no implican una renuncia anticipada del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor, pues dichas garantías “autoejecutables” son perfectamente constitucionales en razón a que su causa-fin es lícita y acorde con los principios constitucionales.

Fundan su afirmación dichos autores, en dos “aspectos liminares”: a) el procedimiento autoliquidativo inherente a ellas, es aquel al cual las partes decidieron voluntariamente someterse al contratar de acuerdo con los principios del art. 1197 del Código Civil y arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional, b) la Constitución Nacional reconoce en su art. 18 que no habrá ejecución en sus bienes sin juicio previo, reconociendo al garante autoliquidado el derecho de iniciar un juicio de conocimiento amplio para debatir todas aquellas cuestiones que escapan y que no se pueden ventilar en la vía extrajudicial de autoliquidación: ... No se trata entonces de desproteger los derechos del deudor sino de dejar en sus manos la carga de sus derechos! Concluyen en su referido trabajo que “los contratos de garantías autoliquidables no implican una renuncia anticipada del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor; por lo tanto, son perfectamente constitucionales y guardan coherencia con las normas fundamentales de nuestra constitución arts. 17 y 18” y “2) aun antes de la

---

<sup>30</sup> Mauricio BORRETO Y Beatriz DELLA SAVIA, “El principio de prevención con respecto a al ejecución abusiva de las garantías de ejecución privada o ‘extrajudicial’ . El problema de su constitucionalidad”, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011, Comisión de Daños, Tucumán, Edit. La Ley, 2011.

autoliquidación extrajudicial, el deudor puede prevenir el daño cierto que puede sufrir ante posibles ejecuciones abusivas o fraudulentas cuando es patente y notorio que el obrar del acreedor es antijurídico y que la ejecución aparece como injusta!

Desde mi particular punto de vista, considero que, basándome en la teoría civilista del contrato, donde se reconoce un amplio margen de libertad contractual y de autonomía de la voluntad solamente limitada por razones de orden público y buenas costumbres, el hecho de convenir la cláusula de autoliquidación en un contrato de realización de obra y de servicios, no contraviene el ordenamiento jurídico constitucional garantista del debido proceso y del derecho de defensa. Sin embargo, habrá que tomarse muy en cuenta el hecho por el cual el contratante asegurado pudiera proceder con actos que representen abuso del derecho o mala fe, persiguiendo solamente, como decía anteriormente que con su mera declaratoria de incumplimiento, pudiese incurrir en un perjuicio insalvable en contra de los intereses del otro contratante-tomador dentro de la relación jurídica contractual que les une.

Finalmente, para un análisis meramente indicativo solamente mencionar que, en mi país la ley de fortalecimiento de la normativa y supervisión financiera, ley 2297 de 20 de diciembre de 2001, establece que en las operaciones financieras se pueda introducir la cláusula de garantías especiales autoliquidables y a primer requerimiento, habiendo el sistema bancario boliviano en la emisión de las fianzas bancarias (boletas de garantía) introducido dichas cláusulas y muy especialmente, a exigencia del sector público con relación a boletas de garantía para contratos de construcción, de infraestructura, aduaneros y otros.

## **VI. Situación del seguro de caución en Bolivia**

En lo particular, en nuestro país, el contrato de seguro es un contrato que se encuentra regulado a partir del Libro III, Título III, Capítulo I, Sección 1ª, art. 979 del Código de Comercio; es decir, se trata de un contrato nominado típico que regula todo el andamiaje jurídico de este instituto.

Sin embargo, el seguro de caución no se encuentra regulado en el cuerpo del Código de Comercio, sino en los arts. 5º y 6º de la Ley de

Seguros ley 1883 de 25 de junio de 1998. En el citado art. 5° referido a las definiciones que se utilizan en dicho cuerpo legal, encontramos la definición del seguro de caución indicando que: *“es aquel por el cual el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento el tomador del seguro (afianzado) de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato, todo pago hecho por el asegurador debe ser le reembolsado por el tomador del seguro a cuyo efecto dicho asegurador, debe obtener las ganancias suficientes”*. Por su parte, el art. 6° referido a las modalidades del seguro, hace referencia a los seguros de fianza y dentro de los cuales incluye el seguro de caución y el seguro de crédito; este artículo establece que las modalidades de seguro *“permitidos por la presente ley son tres: los seguros de personas, los seguros generales, los seguros de fianza”* <sup>31</sup>.

Este seguro se encuentra regulado también por la Resolución Administrativa del 11 de septiembre de 2007, aprobada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por la cual se aprueba el texto único uniforme para las siguientes pólizas:

---

<sup>31</sup> Art. 6° de la ley 1883 de 25 de junio de 1998. *“Modalidades de Seguro.-* Las modalidades de seguro permitidas por la presente ley, son tres, los seguros de personas, los seguros generales y los seguros de fianzas. La operación de los seguros de personas es excluyendo con respecto a los seguros generales y de fianzas. Las entidades aseguradoras con la modalidad de seguros generales podrán administrar seguros de salud y accidentes.

Los seguros previsionales serán administrados exclusivamente por entidades aseguradoras que administren Seguros de personas.

Las entidades de prepago solamente podrán realizar los servicios establecidos por la presente ley para esta actividad, previa autorización de la Superintendencia. Este servicio podrá ser operado por las entidades aseguradores se seguros de personas o por sociedades anónimas constituidas con este objeto exclusivo.

Los seguros de fianzas podrán ser administradores por entidades que suministren Seguros generales, o por entidades creada con ese único objeto. Los seguros de fianzas estarán sujetos a una reglamentación especial en cuanto a su mecanismo operativo.

Los seguros de fianza se dividen en seguro de caución y seguro de crédito. Las garantías exigidas por instituciones públicas o privadas para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de sus operaciones, podrán instrumentarla a través del seguro de fianza. Las entidades aseguradoras tendrán como única limitación para la suscripción de este tipo de seguros, el contar con las garantías suficientes y el adecuado respaldo de reaseguro”.

- a) Póliza de seguro de garantía de cumplimiento de contratos de obra para entidades públicas.
- b) Póliza de seguro de garantía de cumplimiento de contratos de servicios para entidades públicas.
- c) Póliza de seguro de garantía de cumplimiento de contrato de suministro para entidades públicas, y
- d) Póliza de seguro de garantía de cumplimiento de buena ejecución de obra para entidades públicas,
- e) Póliza de seguro de garantía de correcta inversión de anticipo para entidades públicas.

Esta resolución también establece de manera expresa en el art. 8 que las pólizas antes mencionadas “deberán ser comercializadas, obligatoriamente con “Cláusula de Ejecución de Inmediata Condicional para entidades públicas” o “Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para entidades Públicas”, estableciéndose que éstas son excluyentes entre sí. Además impone la prohibición expresa a las entidades aseguradoras en sentido de que estas quedan “prohibidas de modificar el texto de las pólizas y cláusulas uniformes” no pudiendo añadirse cláusulas y/o anexos que no sean los expresamente aprobados por la mencionada Resolución 731.

Con base en lo anterior podemos afirmar que el sistema boliviano para obras y servicios del sector público, ha venido utilizando las pólizas de seguro de fianza con las modalidades indicadas precedentemente, en cumplimiento al D.S. 181 de 28 de junio de 2009, y que se encuentra complementada con la Resolución Administrativa N° 731 de la ex Superintendencia de Valores y Seguros reforzada con la prohibición legal inmodificable de su texto, y además con la inclusión de la cláusula de ejecución inmediata o de ejecución a primer requerimiento.

La referida Resolución Administrativa N° 731 se encuentra complementada por cinco Anexos relativos al Texto Único y Uniforme para pólizas de garantía de cumplimiento de contrato de obra, de contrato de servicios, de contrato de suministros, de garantía de buena ejecución de obra y garantía de correcta inversión de anticipos. En cada uno de estos cinco modelos de pólizas se consigna en sus condiciones generales y particularmente en el art. 9º, referente a la ejecución de la garantía, las cláusulas de ejecución inmediata condicional y la cláusula de ejecución inmediata a primer requerimiento, siendo ambas excluyentes entre sí. Forman parte integrantes también del modelo de pólizas, tanto la cláusula de ejecución inmediata condicional, como la de ejecución a primer requerimiento.

La primera, es decir la cláusula de ejecución inmediata condicional, tiene la característica de ser irrevocable, de ejecución inmediata y de ser renovable siempre y cuando medie pacto o convención entre las partes. En caso de incumplimiento, el fiador procederá a indemnizar al beneficiario el valor caucionado en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno. La ejecución de la póliza está sometida solamente a la condición de la presentación del original o copia legalizada de la declaratoria de incumplimiento “plasmada en un documento que sea el de mayor jerarquía del nivel ejecutivo indicado en las condiciones particulares”, emitido y firmado por la máxima autoridad ejecutiva MAE de la entidad pública que corresponda. Por medio de esta cláusula, se busca que la ejecución en caso de incumplimiento -sea inmediata y condicional- a que se presente el acto administrativo de declaración de incumplimiento firmado por la máxima autoridad ejecutiva. No se requiere de ningún otro documento, actuación o requisitos similares.

Con relación a la otra modalidad de cláusulas de garantías auto liquidables, la cláusula de ejecución a primer requerimiento, se establece que ésta también es irrevocable, renovable y de ejecución a primer requerimiento. Pero no tiene la característica de estar condicionada conforme expresa literalmente en los anexos de la Resolución Administrativa N° 731. De una revisión de las dos modalidades de póliza de garantía, tenemos que en la cláusula de ejecución a primer requerimiento, no son de aplicación y vigencia las cláusulas cuarta ni séptima de las condiciones generales de la póliza referidas a la modificación del contrato principal y a otras cauciones. En cuanto a su ejecución corre el plazo común de 15 días de reportado el incumplimiento debiendo estar también firmada la nota de declaración de incumplimiento por el responsable del Proceso de Contratación (RPC), o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda. Considero que la forma como han sido tratadas tanto la cláusula de garantía de ejecución inmediata condicional y la cláusula de ejecución a primer requerimiento no son suficientemente claras y pueden llevar a confusión y por tanto ser una fuente de interpretaciones diversas que pudieren acarrear injusticias.

El autor español Carlos Hoyos Elizalde, clasifica este tipo de fianzas en dos grandes grupos: a) fianzas condicionales, también llamadas a primer requerimiento y b) las fianzas condicionales, igualmente conocidas como fianzas contractuales.

Las fianzas a primer requerimiento se asimilan a una fianza cuya ejecución fuera sencilla y rápida, siendo a primer requerimiento puesto que funcionan como si se tratara de la entrega de dinero en efectivo. Por la segunda clase de fianzas, es decir fianzas condicionales o fianzas de contrato dependen siempre de un contrato principal cuyo cumplimiento están garantizando y se manifiestan sólo si existe incumplimiento de parte de una de las partes del contrato subyacente cual es el caso del contratista correspondiendo al contratante asegurado declarar el incumplimiento, o sea señalar las razones por las cuales se ejecuta la fianza. Esto no significa que deba darse cumplimiento a una condición, si no se interpreta que la condición consiste en la declaratoria de incumplimiento que hace el beneficiario contratante al tomador-contratista de su incumplimiento.

Finalmente es importante tomar en consideración las reglas contenidas sobre fianzas de la Cámara de Comercio Internacional, cuyo cumplimiento es meramente orientador y no tienen carácter de obligatoriedad y coercitividad.

## VII. Conclusiones y recomendaciones

Con base en lo anteriormente expresado me permito llegar a algunas conclusiones particulares que tal vez contribuyan a una mejor conceptualización y esquematización del tema que nos ocupa:

1. Dentro del quehacer de la economía mundial y el entorno de los negocios se hace indispensable contar con instrumentos legales garantizadores y eficientes no solamente desde el punto de vista económico técnico sino jurídico que sirvan de herramientas complementarias de protección ante la posibilidad de incumplimientos de parte de personas o entidades que tienen a su cargo llevar adelante proyectos y emprendimientos. En ese sentido, adquiere relevancia la figura por la cual ante un posible incumplimiento de un tercero vinculado por un contrato pueda poner en riesgo esas actividades.
2. Una de las figuras legales que cumple ese rol frente a ese posible incumplimiento de un tercero, es la figura jurídica de la fianza, pero no la fianza de carácter general, sino una que revista un carácter especial, sólida y que pueda estar evidenciada

por una póliza de seguro, y en este caso el denominado seguro de caución.

3. En el seguro de caución, la inclusión de las cláusulas denominadas autoliquidables o de garantía a primer requerimiento, podrían representar una ventaja y un avance significativo dentro del seguro de caución. Sin embargo, han surgido muchas críticas, sobre todo aquellas que apuntan a un uso no siempre correcto del manejo de estas cláusulas, pudiendo originar situaciones de abuso del derecho, fraude o mala fe, por parte del asegurado.
4. Sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución, la corriente doctrinal continúa debatiéndola, y no existe un criterio unívoco al respecto. Considero que será muy difícil obtener una uniformidad de concepto para el seguro de caución, pues los doctrinarios y escolásticos se apoyan muchos -con fundadas razones jurídicas- en sostener diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del instituto que estudiamos.
5. Por otra parte, la corriente legislativa y jurisprudencial, tampoco contribuye a tener una visión uniforme del seguro de caución. Algunas legislaciones la conceptualizan como simplemente indemnizatoria a lo ocurrido por parte del tomador del seguro, aspecto que no siempre es reconocido como tal; otras legislaciones la denominan como seguro de fianza y de cumplimiento obligatorio.

De igual manera, si el contrato de seguro produce una indemnización o una reposición, la doctrina se encuentra dividida y desde mi particular punto de vista, sostengo que se trata de una función indemnizatoria.

1. Las garantías especiales autoliquidables a primer requerimiento al ser ejecutables de manera extrajudicial y a solo requerimiento del acreedor-beneficiario, *prima facie* podría considerarse como una violación a los derechos constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa, ampliamente reconocidos por la comunidad jurídica constitucional mundial.
2. Sin embargo, las partes en mérito a principios de la autonomía de voluntad y la libertad contractual, pactan voluntariamente la autoliquidabilidad de la garantía, sin que pueda considerarse que exista una renuncia anticipada de su derecho de defensa, pues

las leyes le facultan a iniciar -frente a una situación de considerarla injusta- acciones legales antes, durante o después de la declaración de incumplimiento del que podría ser el acreedor beneficiario.

3. El constitucionalismo moderno podría considerar que no obstante la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, estén acordes con principios constitucionales, los principios del debido proceso y el derecho a la defensa en juicio, tienen preeminencia con relación a los primeros y por tanto, las garantías autoliquidables no podría surtir efectos legales o tener visus de inconstitucionalidad. No pude encontrar precedentes jurisprudenciales por los cuales se haya declarado la inconstitucionalidad de un seguro de caución interrelacionado con cláusulas de garantía autoliquidables y a primer requerimiento.
4. El seguro de caución ha venido siendo utilizado con mucha frecuencia y es de esperar que dicho seguro continúe en la senda de su amplitud y eficacia abarcando no solamente situaciones de garantía de obligaciones legales, sino también, hacia aquellas que sirvan de garantía de obligaciones contractuales y dentro de éstas las que garantizan los contratos de suministro de materiales.
5. En Bolivia, el seguro de caución no es un contrato nominado, sino por el contrario es innominado, pero sin embargo, tiene más utilización en procesos de contratación recomendados por el Estado, donde dentro su función de autoprotección, las garantías deben gozar de las características de ser renovables, irrevocables y de ejecución inmediata.
6. La Ley de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera, Ley 2297 de 20 de diciembre de 2001, establece que en la realización de operaciones bancarias, se puede utilizar las garantías especiales autoliquidables a primer requerimiento.
7. También en nuestro país el seguro de caución, está íntimamente relacionado con aquellas cláusulas de garantía, de ejecución inmediata y de ser autoliquidables. El modelo boliviano sigue la estructura de pólizas de seguro de caución como regulatorio, predefinido, e inmodificable, y se encuentra debidamente aprobado en su texto literal por autoridad competente.
8. Es necesario proceder a una clarificación en cuanto a la utilización del seguro de caución con cláusula de ejecución inmediata y

de ejecución a primer requerimiento con el objeto de evitar posibles declaratorias de incumplimiento sin haber ocurrido en realidad el incumplimiento por parte del tomador de la póliza.

Finalmente, como recomendación sugiero prudencia y seguridad a la hora de declarar el incumplimiento del tomador-deudor de la póliza y que se produzca y se ingrese a una suerte de discrecionalidad e ilegalidad en la declaratoria de incumplimiento por parte del beneficiario-asegurado, aspecto que sería considerado como un efectivo desincentivo para la contratación de los seguros de caución, tornándose peligroso por una parte ya que se tendría que acudir a otros medios de garantía más difíciles de obtener y de un costo elevado.



# **HOMENAJES**



## **ACTO DE HOMENAJE IN MEMORIAM AL EX ACADÉMICO DE NÚMERO DR. PEDRO JOSÉ FRÍAS \***

*Palabras pronunciadas por el presidente de la Academia de Derecho de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero*

Nos toca representar a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, al tener que asumir la penosa tarea de ofrecer este homenaje de despedida de los restos mortales de nuestro Presidente Honorario, el Prof. Emérito Dr. Pedro José Frías, que permita exteriorizar si es que existe alguna manera de hacerlo con fidelidad, los sentimientos de tristeza y desolación que nos embargan por la desaparición física de este brillante jurista, con quien compartiéramos durante tantos años y hasta hace muy poco, las tareas propias y genuinas que corresponden a esta Corporación.

No es el momento ni la circunstancia de poder ajustar estas palabras al descontaminado y objetivo terreno de la racionalidad, sino que su muerte provoca a todos nosotros, el predominio absoluto de los afectos, que se traduce en una suerte de desolación, desconuelo y por qué no decirlo, seguramente experimentaremos las consecuencias de su ausencia por mucho tiempo, aunque hagamos lo que sea necesario para superar esta situación.

Será difícil convencerse de que su tradicional sillón Juan Bautista Alberdi quedará vacío en las reuniones de tabla, ni que guardará silencio su voz señera y constante, marcándonos el rumbo y la sabiduría para encontrar los caminos que corresponden en cada momento a una justa determinación en el terreno institucional o en el orden estrictamente personal, sus palabras y consejos no podrán ser olvidados o qui-

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 3 de abril de 2011.

tados fácilmente de nuestras mentes, aun con el paso de la fuerza inexorable del tiempo.

Su aguda inteligencia y descomunal preparación técnica, unida al despliegue de una inusual actividad mental y voluntad inquebrantable, actuaba como un ariete constante o factor movilizador de gran parte de nuestros emprendimientos o de las tareas que nos corresponden asumir como académicos o ciudadanos.

Y cómo sustituir a ese humanista dotado de una cultura completa, capaz de superar el estrecho andarivel de las especialidades o las parcialidades propias de las asignaturas o disciplinas, para transportarnos constantemente a ese espacio inconmensurable del conocimiento universal, a partir del cual sólo es factible obtener una dimensión completa del hombre, sin mutilaciones, perspectivas sesgadas, o cercenamiento de sus componentes esenciales y definitorios.

Estos interrogantes explican la situación en la que nos encontramos, donde a semejanza de lo que ocurre con los vínculos filiales, realmente aparece el desconsuelo y el desamparo, la certeza de la pérdida de esa sensación de estar permanentemente cobijados bajo su sombra y protegidos de alguna manera de los avatares y debilidades propias de la condición y contingencias terrenas.

Digámoslo entonces sin ambages, ni reticencias: queremos expresar nuestra melancolía y la inseguridad que deviene frente a la desaparición de uno de los grandes puntales sobre los cuales navegábamos con tranquilidad y la convicción de que no habría tempestad lo suficientemente poderosa para desviar la nave, ni que al enfrentar las inevitables dubitaciones y alternativas que presenta el camino, estaría siempre a nuestro alcance, un apoyo del tamaño y consistencia de Pedro José Frías.

Y la tristeza es también una manera de vivir y enfrentar el misterio incomprensible de la muerte, de la extinción de las personas que por haber cumplido en vida una misión sobresaliente y meritoria, nos queda su recuerdo y sus enseñanzas como la mejor brújula para enfrentar los problemas que debemos asumir a partir de esta realidad.

Pero la tristeza indubitable del alejamiento de Pedro, va acompañada del regalo de una esperanza creativa, aleccionadora, capaz de estimularnos en los momentos de desánimo, iluminarnos frente a las obscuridades del desconocimiento o impulsarnos más allá incluso de nuestras propias fuerzas en la profundización y persistencia del estudio y perfecciona-

miento de las disciplinas normativas que constituye sin duda uno de los objetivos esenciales de esta corporación.

De ahí entonces que antes de detenernos en el recuerdo de los diversos aspectos de un *curriculum* completo, donde no falta ninguno de los honores ni de las responsabilidades que pueden asumirse en esta vida, será mucho más efectivo analizar en sus más grandes lineamientos, los mensajes o legados que será factible extraer de una personalidad de semejante estatura y comprensiva de todas las dimensiones de la condición humana.

De la misma manera que ocurre cuando se pretende visualizar las montañas gigantes, siempre imposible de abarcarlas en su integridad cualquiera sea el ángulo de que se trate, igual sucede con los grandes hombres, donde cualquier esfuerzo que se haga quedará limitado por la dimensión de su trayectoria o la magnitud de sus obras.

Por eso entonces, lo más conveniente será pensar sobre el legado que nos deja Pedro José Frías, como herencia espiritual y resultado de su laboriosa y meritoria trayectoria e igual que las estrellas dejan su destello incandescente en los cielos, los hombres también marcan sus huellas, ejemplos o enseñanzas que de ninguna manera resultan alcanzadas por la finitud de la vida terrena.

Y es sobre este plano donde podemos volver a una visión optimista de la vida y transformar en numen, lo terrenalmente desaparecido, porque resulta cierto que estos mensajes podremos escucharlos, apreciarlos y valorarlos más allá de cualquier límite temporal o espacial como sucede con las cosas materiales.

Los ideales, los sueños y el testimonio de una historia personal, no resultan alcanzados por la muerte y es precisamente sobre estas ilusiones donde descansa nuestra convicción de encontrarnos en una situación de tristeza, pero de tristeza edificante, positiva y movilizadora de las grandes aptitudes y recursos de nuestra existencia.

Luego de más de veinte años de conducción en los cargos directivos, esta Academia recibió del Dr. Frías la impronta de su personalidad, que consiste en haberle asignado una perspectiva o "*sentido de interioridad*", tanto en lo que hace a su proyección externa en sus relaciones para con la sociedad, como así en lo que atañe estrictamente a los aspectos internos o de organización.

Es curioso recordar un reportaje que le hicieran hace poco tiempo, cuando ante a la pregunta del periodista, acerca de cómo influía sobre su

tarea el haber desarrollado tantas funciones diferentes en el campo de la magistratura, la diplomacia o lo académico en diversas partes del mundo, respondió con esa simpleza que lo caracterizaba, diciendo: “*soy fundamentalmente un universitario de Córdoba*”, expresión que en pocas palabras mostraba la fuerza de sus convicciones y el compromiso con su circunstancia. Le faltó sólo agregar -seguramente debido a su modestia-, la posición relevante que ocupaba dentro del Parnaso integrado por los juristas de la famosa “*Escuela Jurídica de Córdoba*”.

En un país marcado por las asimetrías y desequilibrios de un crecimiento desparejo, era necesario la presencia de una institución como la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, capaz de transformarse en un centro de excelencia para hacer escuchar su autorizada opinión en el concierto de los problemas nacionales, sin ánimo faccioso, ni posiciones agresivas, traumáticas o separatistas, pero al mismo tiempo consustanciada con el firme propósito de encontrar los espacios necesarios para el logro de un emplazamiento institucional de este doliente interior del país que sufre los embates permanentes de fuerzas absorbentes y a veces por qué no decirlo, contradictorias al sentido mismo de unidad institucional.

La idea de “*descentralización*” del poder y su etapa más avanzada y exquisita, si se quiere, el de “*regionalización*”, que con tanta sabiduría y empeño nos enseñara el Dr. Frías desde la cátedra y demás centros de difusión de sus ideas, debían fructificar de alguna manera y por ello no debe llamar la atención que nuestro *Instituto del Federalismo*, creado hace ya más de tres décadas a su imagen y semejanza, sea en la actualidad el centro científico de mayor predicamento y gravitación tanto en el país como en el extranjero para la profundización y estudio de las temáticas propias del derecho público provincial.

Más de veinte libros y numerosos cuadernos de estudios sobre federalismo constituyen un bagaje de conocimientos de tal envergadura que permite aseverar, sin incurrir en exageración alguna, que resultará muy difícil comprender los problemas acuciantes de la organización moderna del poder, sin tener en cuenta estos antecedentes que con toda generosidad se ponen al servicio de la comunidad nacional y nuestra página web demuestra todos los días su importancia y significación internacional, a la luz de las consultas que recibe de los más diversos lugares de la América Latina.

Legisladores, constitucionalistas, juristas y abogados conocen claramente cuando tienen problemas a resolver enmarcados dentro de esta

disciplina del derecho, tienen acabada conciencia y conocimiento de que deben acudir a la Academia de Córdoba, donde se efectúan estudios e investigaciones con la seriedad y generosidad que precisan estos asuntos, imbuida de un espíritu integrativo con el resto de la sociedad, pero al mismo tiempo dotadas de la consistencia suficiente como para poder obtener respuestas a estas demandas que se han transformado ya pese al paso del tiempo, en una verdadera preocupación o causa nacional.

Esa misma visión de *interioridad* que proyectaba hacia fuera, también se manifestó puertas adentro, proyectándose más adelante frente a la iniciativa adoptadas con posterioridad de crear diversos institutos regionales de estudios jurídicos de esta Academia, como una manera de poner al servicio de los juristas radicados en las diversas provincias, una articulación integrativa de esfuerzos compartidos y hoy podemos afirmar con el mayor orgullo, que buena parte de la geografía nacional se encuentra unida a través de la vocación común por el estudio y la profundización del derecho, habiéndose logrado en muchos casos llegarse a una verdadera comunidad de tareas, circunstancia que nos llena de satisfacción.

Igual temperamento se adoptó en la promoción del trabajo mediante la creación de diversos premios estímulos a la investigación científica al “Joven Jurista”, a la “Trayectoria” o al “Consagrado”, como así se lograron diferentes modos de estimulación en la práctica y profundización de las más diversas disciplinas del derecho, pero siempre con esta visión del territorio, como para que la Academia estuviera al alcance de los más alejados rincones del país pregonando un federalismo ilustrado e inteligente, alejado de cualquier posición lacerante o traumática que afectara la integración nacional.

En definitiva, somos una institución académica del interior del país, sin conflictos ni facciones, en plena y total armonía con nuestra hermana de la Capital Federal, pensando desde nuestra realidad la manera de sumarnos al conjunto, de la misma manera que fuera el ejemplo de su laboriosa vida, pero siempre generosa y dispuesta a la consideración de los demás y el respeto por cada una de las maneras o expresiones del país.

Por todo esto, entendiendo que estamos en presencia de una vida completa, que influyera de manera relevante en la marcha de esta Academia, en sus ideales y los modos de trabajo, es que queremos expresar este postrer reconocimiento, que es sin ninguna duda agradecimiento por su obra y su existencia, por todos sus legados que llevaremos como he-

rencia legítima con la mayor fidelidad, pero que a la postre sabemos muy bien de donde provienen, de nuestro querido amigo Pedro José Frías.

Sabemos muy bien que las instituciones trascienden a las personas, pero es igualmente cierto que son justamente las personas las que en definitiva animan y dan vida a las instituciones, en este caso, sin la menor duda, recibimos su benéfica influencia y por ello agradecemos una vez más el haber podido disfrutar y compartir de alguna manera, todos estos valores y riqueza que hoy queda como estandarte y guía para esta Academia a la cual le entregara tantos esfuerzos y trabajo.

Con el recuerdo de Nenina, su esposa y permanente apoyo, quedamos por fin significar en nombre y representación de todos los integrantes de esta corporación, que lo extrañaremos realmente, pero su presencia espiritual y su legado personal nos acompañarán guiando los destinos y rumbos de esta institución por la que tanto trabajó, entregó su vida y generosamente le transmitió sus talentos. ¡Que sus restos descansen en paz!

\*\*\*

*Palabras pronunciadas por el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y académico de número, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira*

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, señor presidente honorario, señor presidente del Tribunal Superior de Justicia, señores representantes de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Educación, señor director del Instituto de Federalismo, señores académicos, familiares del doctor Pedro José Frías, señores y señoras:

Con profundo dolor, como decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba vengo a despedir al querido profesor y amigo, el doctor Pedro José Frías.

Pedro enlazó toda su vida con la propia vida de la Casa de Trejo.

Siendo muy joven coronó sus estudios intermedios con la obtención del *Premio Duarte Quirós* al mejor bachiller egresado del Colegio Na-

cional del Monserrat. Fue asimismo, Premio Universidad Nacional de Córdoba.

Se graduó de abogado y más tarde obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con una brillante tesis doctoral, donde asomó su vocación temprana por la investigación y la ciencia del derecho.

Esta dedicación plena, serena y total le valió la obtención del *Premio Universidad Nacional de Córdoba*.

Su desempeño profesoral en las aulas universitarias fue reconocido por la entrega de los máximos galardones que la institución dispensa: *el de Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba y Doctor Honoris Causa*.

Pedro José Frías, como ya lo han señalado los distinguidos académicos que me han precedido en el uso de la palabra, fue miembro de número, vicepresidente, presidente y presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Fue fundador del Instituto del Federalismo de esta corporación y de otras universidades del país.

Fue presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro de numerosas academias, entre las que se destacan, la de Ciencias Morales y Políticas y de Educación en Argentina, Chile, Roma, Madrid, etcétera.

La personalidad científica del Dr. Frías es sumamente conocida por nuestra comunidad universitaria por lo que huelga aquí repasarla.

En nuestra Casa, se desempeñó como profesor titular por concurso de la Cátedra de Derecho Público, Provincial y Municipal, hasta el 30 de marzo de 1986; como profesor de Derecho Constitucional; vicedirector del Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo; miembro del Honorable Consejo Directivo y vicedecano.

Tuve el privilegio -que nunca olvidaré-, de ser su alumno en el Curso de Promoción en Derecho Público, Provincial y Municipal y en el curso de Derecho Público del Doctorado. Recuerdo sus clases, claras, eruditísimas, donde no faltaba, asimismo algún comentario agudo y ameno, expresado con bondadosa ironía y que ponía una nota de color y provocaba una sonrisa.

Era un concurrente asiduo a los actos de la Facultad de Derecho celebrados en el Salón de Grado. Llegaba tempranísimo y había elegido

su propio sillón donde siempre se sentaba discretamente y nadie del personal de protocolo osó jamás alterar esta decisión.

Su bondad, su sonrisa, su trato exquisito y extremadamente afectuoso, tornaban gratisima su diaria visita a nuestra Casa, donde me traía recortes de artículos periodísticos, alguna página literaria que le había interesado una noticia destacada, etc.

Su pasión por la Universidad lo llevó a trabajar responsablemente en la recuperación de los libros jesuíticos, presidiendo una Comisión que integramos con Marcela entre los años 1999 y 2000, que coronó con éxito sus afanes, logrando que 209 años después que los libros de nuestra *Universitas Cordubensis Tucumanae* partieran en 1810 y 1811 hacia Buenos Aires, transportados en 11 toscos retobos de carretas, volvieran por avión a sus estantes originarios. Había iniciado hace tiempo una lenta y afectuosa despedida regalando a cada uno de sus amigos un objeto personal, medallas, imágenes religiosas, cucharitas, pequeños cuadros pintados a mano, libros de su biblioteca, etc.

Quiero anunciar ante ustedes, familiares, académicos, profesores y amigos, en este día, donde con profundo dolor despedimos a Pedro, la decisión de este decano de honrar en fecha próxima la memoria de este gran maestro, imponiendo su nombre a un aula de la Facultad de Derecho.

Este será un debido y merecido homenaje y al mismo tiempo un imperioso deber: *Quiero imprimir a fuego en la memoria colectiva de nuestros jóvenes la gloria y herencia de un precioso pasado.*

Nuestra Universidad fue fundada en el alba del siglo XVII por hombres verdaderamente extraordinarios: *hombres que creían que podían cambiar el destino del mundo.*

Cuatrocientos años después esta impronta y este destino *está aún vivo entre nosotros.*

Muy íntimamente aspiro y deseo fervientemente que el luminoso recuerdo de los devotos maestros que nos han precedido en nuestros claustros guíen siempre la labor de los jóvenes que año a año ingresan a nuestras aulas con el decidido propósito de espigar en el fértil campo del conocimiento.

Que el ejemplo que el doctor Pedro José Frías ha dado a nuestra Casa brindando su vida, su obra intelectual y sus mejores esfuerzos, per-

manezcan en nuestra memoria colectiva para siempre y que se multiplique en el trabajo anónimo y cotidiano de sus profesores y alumnos.

Desde hace algunos años, la Facultad de Derecho ha iniciado y continúa una práctica: guardar celosamente la memoria de los hacedores, de los constructores de su propia historia, a aquellos profesores que armaron, entretejieron y sostuvieron con su virtud y con su ciencia la preciosa arquitectura de nuestro derecho.

Pedro y Nenina, su fiel y devotísima esposa, su compañera de toda la vida, ya están definitivamente juntos en el apacible corazón del universo.

El amor ya no es aquella tempestad  
que en el nocturno fulgor,  
aún hasta ayer me ceñía,  
entre el insomnio y los deseos.

Atisba desde un faro  
hacia el cual va tranquilo  
el viejo capitán

Para ambos pido un fuerte aplauso en homenaje a su amor, a su bella historia de amor y a su memoria.

Doctor José Pedro Frías, querido profesor, queridísimo amigo.  
Descanse en paz.

\*\*\*

*Palabras del Sr. director de la sede Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y de la sede Córdoba del Instituto Argentino-Chileno de Cultura, Dr. Ernesto Rey Caro*

Despedimos hoy a un noble amigo, a un brillante jurista, a un destacado académico, a un prolífico y calificado publicista, a un diplomático que honró al país como embajador ante el Reino de Bélgica y la Santa Sede, y como delegado en la Mediación Papal en la cuestión del Beagle, entre tantos méritos y virtudes que sólo los hombres excepcionales suelen exhibir. Es que Frías fue excepcional. Su obra trascendió holgadamente el ámbito del país. Fue un referente obligado cuando había que destacar los grandes pensadores que enorgullecerían a nuestra patria.

Una vez escuché, encontrando cierta originalidad, que un “grande” era aquel que no hacía sentir pequeño a los demás. Así era Frías, en quien desbordaba la generosidad, la bondad, la modestia. Muchos somos los afortunados que hemos disfrutado de su particular magnanimidad.

Como hombre multifacético, integró numerosas instituciones, varias de las cuales lo contaron como fundador. En no pocas ejerció funciones directivas en las que dejó su impronta, inconfundibles huellas, realizando una obra que todos recordarán y que nunca deberemos olvidar.

Participo en esta despedida en nombre de dos instituciones en las que tuve el gran honor de sucederle en su conducción: la Filial Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y la Filial Córdoba del Instituto Argentino Chileno de Cultura, instituciones que contribuyó en su fundación y que dirigió con la gran eficacia que lo caracterizaba. Siempre pensando cómo proyectar las mismas en la vida cultural de Córdoba y del país. A él le debemos, entre las múltiples iniciativas, los concursos que sobre temas de actualidad en el derecho y las relaciones internacionales, se convocan año tras año, estimulando la creatividad de muchos jóvenes ávidos de hacer conocer sus ideas, sus pensamientos, sus propuestas. Siempre privilegió y estimuló la excelencia.

En muchas oportunidades escuché a Pedro José la expresión “operador cultural”, cuando trataba de remarcar la proyección de la persona aludida en diversas manifestaciones y quehaceres de la vida social. Hoy, cerrando mi breve participación en este merecido homenaje al maestro de varias generaciones, me permito señalar que Pedro José Frías fue, sin duda, uno de los grandes operadores culturales que ha tenido nuestro país, para orgullo de Córdoba. ¡Qué extraordinario legado! Gracias.

\*\*\*

*Palabras del académico de número y director del Instituto de Federalismo, Dr. Antonio María Hernández*

Tengo la difícil y dolorosa misión de rendir postrer homenaje en nombre del Instituto de Federalismo de esta Academia a Pedro J. Frías, pero también hablo en representación de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal que profesó durante tantos años en nuestra Facultad

de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Asimismo lo hago por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional por pedido especial de su presidente Dr. Alberto Dalla Vía, que está en la ciudad de Corrientes y no pudo llegar hasta aquí.

Vengo a despedir a una de las figuras de mayor brillo intelectual de la historia de Córdoba y uno de los más destacados publicistas del derecho argentino. La escuela jurídico-política de Córdoba pierde hoy a uno de sus representantes más distinguidos. Vale la pena recordar que esa escuela jurídico-política hunde sus raíces en los grandes debates constitucionales nacionales, donde Córdoba siempre estuvo presente. Así, desde la participación de Juan José Castelli y de Juan José Paso -que fueron alumnos de nuestra Universidad- en el Cabildo Abierto del 22 de Mayo de 1810, hasta la participación posterior en cada uno de los momentos decisivos de la historia institucional. Y Frías -como bien se ha recordado aquí- junto a Germán Bidart Campos, fueron los dos constitucionalistas más citados, en la más importante y legítima reforma de la Constitución Nacional de nuestra historia, que fue la de 1994. Cumplió acabadamente el mandato de nuestra Universidad de Córdoba que obra en latín en su escudo: "*Ut portet nomem meus coram gentibus*", pues llevó su nombre entre las gentes como pocos lo hicieron.

Frías desarrolló un curso vital extraordinario, afirmado en una brillantísima inteligencia, con un profundo sentido del cumplimiento del deber y una enorme vocación de servicio volcada a la vida pública, por influencia de su padre Pedro José Frías, que fuera gobernador de Córdoba. Se recibió con los máximos honores en el Colegio Nacional de Monserrat y en la Universidad Nacional de Córdoba. Muy joven alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales con una tesis sobre la defensa política, y también en esos tiempos se ocupó del ordenamiento legal de los partidos políticos.

Era profesor adjunto de Derecho Constitucional, pero a partir de ahí se dedicó especialmente al Derecho Público Provincial y al Derecho Municipal, hasta alcanzar la titularidad de la Cátedra y después el rango de profesor emérito. Nuestra Universidad había sido la pionera en el estudio del constitucionalismo provincial con otro gran jurista que fue Arturo M. Bas. Con esto Frías evidenciaba su especial sensibilidad, al comprometerse con la defensa de las autonomías provinciales y municipales, en un país signado por la centralización y el incumplimiento de los principios constitucionales de la federación. Y con una entrega completa, fruto de

su inquebrantable capacidad de trabajo, recorrió la Argentina entera en su lucha por el federalismo. Y lo hizo con gran jerarquía intelectual, destacando la trascendencia de la causa, frente a la incompreensión de muchos que descreían de ella y de la importancia de dichos estudios. En esto también se adelantó a los tiempos por venir, ya que hoy la descentralización del poder es uno de los aspectos de mayor relevancia y vigencia en los estudios del derecho público actual, como lo indican los tres últimos Congresos Mundiales de Derecho Constitucional, celebrados en Santiago de Chile, Atenas y México.

Frías comenzó su reconocido magisterio en la materia, con obras como *Comportamiento federal en la Argentina*, *La provincia argentina*, *Introducción al Derecho Público Provincial*, además de otras colectivas como *Derecho Público Provincial*, *Las nuevas constituciones provinciales* y *La Constitución de Córdoba comentada*.

Su visión interdisciplinaria como metodología de estudio de esta materia, junto con sus aportes sobre el federalismo de concertación, son ya aspectos clásicos ampliamente reconocidos y difundidos en la doctrina nacional.

En su lucha por el federalismo -porque fue tanto hombre de pensamiento como de acción- creó el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, hace más de 20 años, al que le imprimió una clara proyección nacional. Y en el *Cuaderno de Federalismo* que dirigiera, se publicaron desde entonces informes provinciales -a cargo de estudiosos locales- y federal -a su cargo-, sobre cuestión tan trascendente para nuestro régimen político e institucional.

Su vocación por la vida pública le hizo asumir responsabilidades en épocas difíciles de la Nación -como las transcurridas entre 1966 y 1983-, en las embajadas ante Bélgica y la Santa Sede y luego en la Corte Suprema de Justicia. Las experiencias en el extranjero lo terminaron de convertir en un ciudadano del mundo, con una mayor formación cultural y honda visión de los problemas de la condición humana. Es menester leer su libro *Protagonistas del siglo que pasó* para conocer la agudeza de su percepción, sobre personalidades de la talla de Francois Mitterand, Giulio Andreotti, Salvador de Madariaga, Jean Guittou, el cardenal Antonio Samoré y los papas Pablo VI, Juan XXIII y Juan Pablo II.

Pero debo decir que si hay algo que lo colmó de orgullo fue el haber sido Consultor de la Mediación Papal en el Conflicto por el Canal de

Beagle. ¿Y por qué? Porque el máximo valor que persigue el derecho como regulador de la vida social, es alcanzar la justicia, y cuando hay justicia accedemos al valor supremo de la paz, como decían los clásicos. Y Frías pudo ser abogado de la paz, ya que esa notable mediación papal en la que participara, evitó lo que hubiera sido una terrible tragedia como la de una guerra entre nuestro país y Chile.

Después volvería a ocuparse de los grandes problemas del constitucionalismo, del Estado, de la democracia, del poder, de la sociedad, de la educación, de la ecología y de las conductas públicas. De allí sus libros *Sobre poder y sociedad*, *La vida pública y sus protagonistas*, *Tiempo pasado*, *Conductas públicas*, *Cuestiones de Estado*, *Una experiencia diplomática* y *Protagonistas del siglo que pasó* ya citado, escritos en tiempos más recientes.

Ya con el prestigio reconocido en el estudio del derecho público, promovió con otros destacados profesores como Jorge Vanossi, Alberto Spota y Germán Bidart Campos la creación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la que fue su presidente y luego presidente honorario. Pero también impulsó la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional con juristas mexicanos, que hace pocos años y junto a colegas argentinos, publicaron un libro en aquel país en su homenaje, que tuvimos el honor de coordinar con el Dr. Diego Valadés, que fuera editado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Además de haber sido director del Instituto de Federalismo, presidente y presidente honorario de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Frías fue una figura consular en el seno de otras academias nacionales como las de Ciencias Morales y Políticas y de Educación, y de otras academias extranjeras de Madrid y Chile.

Su amplia labor como publicista y diplomático lo hizo acreedor de diversos premios, entre los que se destacan dos Diplomas Konex en Humanidades y Ciencias Sociales, además de las condecoraciones de diversas órdenes del Vaticano, de Malta, de España y de Chile.

Frías fue un humanista que amó a su ciudad, a su tierra, a su provincia y a su país, al que recorrió en todas sus latitudes. Por eso se preocupó por el patrimonio histórico-cultural de Córdoba, por la Biblioteca Jesuítica, por Santa Catalina, por la Estancia Pozo de Correa, por la Patagonia incomensurable y las provincias del Norte argentino que veneraba... Así como postuló un urbanismo humanizado en su notable artículo “Algo por

hacer: la ciudad argentina”, defendió con vigor la naturaleza y los principios de la ecología y del desarrollo sustentable.

Sabiendo que no hay nada más complejo que la condición humana y que en el corazón se libran las grandes batallas del alma -como decía Dostoievski-, me he preguntado cómo pudo Frías cincelar su personalidad y cumplir su proyecto vital y cuánto incidió en ello la figura de su mujer Constancia Pinto.

Estoy convencido de que en esa pareja hubo una simbiosis exquisita, muy difícil de lograr, en base a una notable suma de virtudes.... Ayer me decía uno de sus sobrinos -que en verdad era uno de los tantos hijos de Frías en el afecto como lo fuimos sus discípulos esparcidos por toda la Argentina-, hablando de la historia de amor y de fe que protagonizaron, que no se olvidará nunca cuando Nenina con 40 kg. de peso y con las manos temblorosas por el cáncer que la aquejaba, trataba de ayudarlo a Pedro con su audífono para que él pudiera escuchar....

Nenina fue una mujer de gran sensibilidad, que practicó el canto y compartía el gusto por la música y la vida social y familiar con Pedro José, que también cultivaba la literatura, además del diálogo y la amistad.

No puedo dejar de recordar su sensibilidad y especial actitud con los más necesitados, ni tampoco su sencillez, probidad y austeridad.

Practicó esta máxima de Cicerón: “Cuanto más altos estemos situados, más humildes debemos ser” y en grado sumo ejercitó la generosidad, la más estimada de las virtudes por Aristóteles.

Frías fue un hombre bueno y sabio, ya que “en la bondad se encierran todos los géneros de la sabiduría”, como enseñó Eurípides.

Se va un hombre notable, que ayudó siempre en distintas Convenciones Constituyentes tanto Nacional, como provinciales y municipales, que impulsó la creación de la Región Centro como una de las decisiones político-estratégicas más importantes de la historia de Córdoba... Adiós querido maestro Pedro J. Frías: muchas gracias por sus enseñanzas, por su bondad, por su generosidad y por su ejemplo de vida.

\*\*\*

*Palabras del académico de número de la Academia Nacional de la Educación, Dr. Hugo Juri*

Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Sr. presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sres. miembros de la Academia, autoridades de otras instituciones presentes, Sres. familiares del Prof. Dr. Pedro J. Frías, Sras. y Sres.

En este momento tan doloroso, he recibido con honor el mandato de la Academia Nacional de Educación, y de su presidente Dr. Horacio Sanguinetti, para despedir a nuestro querido académico emérito, Prof. Dr. Pedro J. Frías.

El Dr. Pedro J. Frías ha prestigiado a la Academia Nacional de Educación tanto con su capacidad y su prestigio intelectual, como con su bonhomía y cualidades morales; atributos permanentemente reflejados en todas las instituciones que tuvieron el privilegio de contarlos entre sus miembros.

Sin dudas, la memoria de nuestro querido profesor perdurará en la Academia Nacional de Educación tanto por lo antes mencionado, como por muchísimas demostraciones espontáneas de su señorío y hombría de bien en acciones generales y también particulares, como la que con vuestro permiso me atrevo a comentar.

El Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba relataba la participación del Dr. Frías en la recuperación de la Colección Jesuítica, en la que también tuvo relevante actuación la Dra. Marcela Aspell.

La Dra. Aspell fue testigo de la enorme dificultad que conllevaba este emprendimiento.

Las acciones más fuertes para lograr el objetivo fueron, además de la nota de apoyo del General de la Congregación Jesuítica desde Roma, el decreto presidencial ordenando el retorno de la colección, firmado por el entonces presidente de la Nación Dr. Carlos Menem, y ratificado luego por su sucesor, el presidente Dr. Fernando de la Rúa.

Dichos presidentes manifestaron su acuerdo y su compromiso para tomar esta difícil decisión, mencionando ambos dos aspectos dignos de ser destacados: su sentido de pertenencia con la Universidad Nacional de Córdoba y su respeto y cariño por quien patrocinaba nuestro pedido, el maestro de ambos, Prof. Dr. Pedro J. Frías.

El Dr. Antonio María Hernández decía que muchos somos de alguna manera hijos de este ilustre cordobés.

Me agrada considerarme uno de ellos por la generosidad con que me acompañó, no sólo en esta circunstancia, sino en muchas otras. Desde impulsar mi incorporación a la Academia Nacional de Educación, hasta ofrendarme algunos de sus queridos libros u otros recuerdos personales cada vez que tuve ocasión de visitarlo.

Para terminar, deseo reiterar los respetuosos saludos a nuestro querido profesor y el más sentido pésame a su amable familia, por parte de la Academia Nacional de Educación, de su presidente el Prof. Dr. Horacio Sanguinetti y el mío propio.

\*\*\*

*Palabras del académico de número de la Academia del Plata,  
Dr. Carlos A. Rezzónico*

Sr. presidente, honorables académicos, señores representantes de Academias, Sr. presidente del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, señoras y señores, querida familia Frías.

Quienes me han precedido en sus testimonios sobre la personalidad y obra del Dr. Pedro J. Frías, lo han hecho acabadamente y con singular altura, por lo cual mi exposición abarcará principalmente su perfil apostólico y espiritualidad.

S.S. Benedicto XVI que inició sus encíclicas con la que dedicó al amor titulándola “*Deus Caritas Est*” (1Jn 4-16), en uno de sus magistrales discursos ha dicho que la caridad intelectual implica una de las formas más elevadas de manifestar el amor. En verdad, quien hace el apostolado de la inteligencia, está seguro de que ama a Dios. San Josémaría Escrivá nos dice: “*Qué hondura evangélica tiene el apostolado de la inteligencia*” (Camino N° 978).

Quien lleva a los hombres al conocimiento de la verdad, presta el mayor servicio a su dignidad y fortalece los cimientos de la libertad (*Veritas liberabit vos*, Jn 8-32).

Estos fueron los fundamentos de su vida apostólica y de su testimonio cristiano. Muchos otros aspectos podrían señalarse en la vida y obra

del Dr. Frías. No obstante, un aspecto sobresaliente de su trayectoria es, sin duda, su labor intelectual difundiendo el mensaje evangélico.

Lo conocí desde mis años juveniles como dirigente de la Acción Católica ocupando cargos en sus organismos directivos. Eran brillantes sus alocuciones y ya asomaban sus condiciones de un liderazgo que creció con su madurez, destacándose en una generación descollante representada, entre otros, por Carlos García Díaz, Manuel J. Bello, Carlos Consigli, Luis Vásquez Avila, César Lanfranchi, Emilio Salcedo, Eladio Bordagaray (luego sería ordenado sacerdote), Jorge del Boca.

Como expusieron quienes me precedieron hoy, Pedro José Frías fue brillante en la vida académica, sobresalió en la docencia universitaria, impulsó la creación de instituciones del derecho y se destacó como diplomático siendo embajador en Bélgica, Luxemburgo y la Santa Sede. Sin ser diplomático de carrera actuó en ese ámbito como verdadero profesional. Por sugerencia del cardenal Antonio Samoré integró como consultor la Delegación Argentina ante la mediación papal. En su libro *Una experiencia diplomática: a 30 años de la Mediación Papal* lo recuerda así: “no han sido espacios ni tiempos dispersos. Los unificó el deseo de servir al país, de ganar amigos aun entre los indiferentes, de comparar estilos de vida sin desencanto, de afinar la razón programática fraternalmente”. Luego dice: “el diálogo y la negociación me han sido connaturales. Debo a la diplomacia haber confirmado su justificación”. Sabía consensuar sin consentir relativismos.

Por último, antes de concluir, desearía destacar -como lo hizo hace unos instantes el Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- la generosidad que caracterizó a Pedro José Frías. Se ha dicho que la generosidad es la virtud de las almas grandes y su mejor retribución es la satisfacción de haber dado; tiene su confirmación en la frase evangélica “habéis recibido gratis, dad gratis” (Mt 10,8). Comprendió que la caridad implica la justicia pero la sobrepasa dando más de lo que corresponde. Aquel que es generoso excede dando más de lo que exigen las condiciones jurídicas y con ello se enriquece interiormente.

Hoy junto al Padre de la misericordia y en compañía de su amada Nenina, está recogiendo el fruto de las buenas obras que realizó, cumpliendo su vocación de servir a las hombres con su esclarecido pensamiento y guardando su fidelidad a la Iglesia Católica.

\*\*\*

1/2011

Córdoba, 2 de abril de 2011

VISTO:

El fallecimiento del académico de número Dr. Pedro José Frías, acaecido el día de la fecha,

Y CONSIDERANDO:

Que el académico Pedro J. Frías fue un destacado miembro de esta Corporación, incorporándose como tal el 16 de mayo de 1964,

Que ocupó diversos cargos de gestión tales como Vicepresidente de la Corporación desde 1974 a 1986 en diversos períodos, ocupando a su vez, la Presidencia de la Academia entre 1986 y 1995, oportunidad en la cual fue declarado Presidente Honorario de la Institución.

Que fue el fundador del Instituto de Federalismo de la Academia desde el año 1988, siendo su Director hasta el año 2006, cuando fue designado Director honorario y a su vez, creador de los Cuadernos de Federalismo que actualmente sigue editando anualmente la Institución y que gozan de prestigio nacional e internacional. Ha sido el impulsor de la creación del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia.

Que fue Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba y miembro de número y correspondiente de diversas Academias Nacionales e Internacionales de Derecho, Ciencias Morales y Políticas, como así también de otras especialidades.

Que ejerció diversas funciones públicas, tales como Embajador argentino en Bélgica, Luxemburgo, la Santa Sede y ante la Soberana Orden de Malta. Que tuvo una destacada participación en la mediación papal por el conflicto del canal de Beagle, que llevó a la firma del Tratado argentino-chileno de paz y amistad de 1984. Que se desempeñó como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Que integró diversas instituciones y organizaciones científicas nacionales e internacionales, relacionadas al derecho, las relaciones internacionales y la cultura.

Que fue un prolífero autor, contando con más de 30 obras publicadas y numerosos artículos en revistas especializadas y notas editoriales en los principales diarios nacionales y extranjeros.

Por ello,

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

**Art. 1º.** Expresar un profundo dolor por el fallecimiento del académico de número y Presidente honorario de esta Corporación, Dr. Pedro José Frías, acaecido el día 2 de abril, y hacer llegar a los familiares las respectivas condolencias.

**Art. 2º:** Efectuar un merecido homenaje póstumo al respetado académico, el día 3 de abril.

**Art. 3º:** Comuníquese y archívese.

*Jorge de la Rúa*  
*Académico Secretario*

*Juan Carlos Palmero*  
*Académico Presidente*



## **HOMENAJE AL CENTENARIO DEL NATALICIO DEL DR. JOSÉ ANTONIO BUTELER CÁCERES \***

*Discurso pronunciado por el Sr. académico de número y presidente de la corporación, Dr. Juan Carlos Palmero*

Desde hace ya cierto tiempo la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha instaurado con visos de estabilidad la realización de este tipo de homenajes y recordatorios de aquellos miembros de número que celebren los cien años de su natalicio.

Generalmente, se trata de honras póstumas, en razón que lo natural y frecuente es que se refiera a personas fallecidas, aunque hace muy poco tuvimos la alegría y satisfacción de cumplir con esta ceremonia para con el Dr. Alfredo Acuña, aunque en este caso, pudimos ofrecérselo en vida.

Resulta encomiable, desde todo punto de vista, preservar el recuerdo y la memoria de nuestros académicos, porque cien años constituyen un espacio suficientemente prolongado o si se quiere, un tiempo bisagra, como para que existan personas que nunca llegaron a conocerlo, e igualmente, todavía quedan otros que en razón de su contemporaneidad o proximidad vital, aún están en condiciones de brindar su testimonio, generándose una suerte de engarzamiento natural entre las diversas generaciones de juristas que formaron parte y honraron a esta corporación.

Como decían los romanos, las instituciones son en definitiva, los hombres que las componen y cada uno de ellos posee una historia personal que debemos conocer y apreciar, para emular sus virtudes y consustanciarnos con sus ideales y sentimientos, retroalimentando un circuito virtuoso que marca el sentido ascendente en nuestro derrotero corporativo.

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria del 26 de abril de 2011.

Estamos convencidos de que el profundizar las relaciones y vinculaciones humanas entre quienes formamos parte de esta Academia, constituye el basamento necesario e imprescindible para alcanzar los altos objetivos institucionales tenidos en cuenta para su creación por el gobierno de la Nación, a mediados del siglo pasado.

A semejanza de lo que ocurre en el orden estrictamente familiar, una entidad sin historia, es semejante a un país sin bandera, o una barca que ha perdido su rumbo, porque sólo la adecuada y armónica interacción entre sus componentes, permite transformar lo diverso o plural, en unidad, a través de esa suerte de simbiosis capaz de consolidar una identidad propia y generar de esta manera, un mensaje auténtico y valedero para la sociedad considerada en su conjunto.

Sobre estas premisas e ideas en claro, nos toca hoy asumir, con la mayor satisfacción, la honrosa responsabilidad de recordar al profesor emérito Dr. José Antonio Buteler Cáceres, que durante tantos años prestigiara y diera brillo a esta Academia ocupando el sillón "Henoch D. Aguiar", y que por la ejemplaridad de su vida y la riqueza de su obra, convierte en justiciero este postrer homenaje que hoy congrega a académicos, universitarios, familiares y amigos, para expresar así nuestra adhesión y solidaridad para este destacado y muy querido maestro de Córdoba.

Las proximidades que mantuvimos tornan difícil esta misión, porque el recuerdo de tantos años que transitamos por los mismos caminos, hace que nuestro espíritu se llene de emociones, afectos y el profundo reconocimiento que le debemos como persona, como universitario y como académico.

Intentaremos encontrar, entonces, los modos de expresión suficientemente precisos como para poder transmitir, aunque sea parcialmente, este volcán de sensaciones y vivencias que recibíáramos de su magisterio y que perduran ajenas al tiempo y al olvido, porque las llevamos incorporadas como formando parte de nuestra propia personalidad.

Comenzaremos brindando algunas referencias biográficas, como así de las circunstancias en las cuales forjara su vocación y demás rasgos que lo distinguen e individualizan de manera absolutamente original y destacada.

Podría decirse, sin temor a incurrir en hesitación alguna, que alrededor de unas pocas cuadras de la calle Trejo y Sanabria de esta ciudad, constituyeron el espacio suficiente para el desenvolvimiento completo de

su proficua existencia, ya que allí se encontraba su domicilio paterno, el Colegio Nacional de Monserrat y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ámbitos dentro de los cuales desarrolla y consolida su perfil individual.

Apenas cumplido el período de formación primaria, ingresa al Real Colegio del Monserrat, donde se educa en el latín, la gramática y la retórica, conocimientos que a su vez se ponen al servicio de la cultura enciclopédica, pero de fuerte contenido humanista, que trasladaría luego como basamento cultural imprescindible de otras disciplinas en las que profundizara con posterioridad.

No es extraño entonces, que con el andar de los años, volviera a este colegio casi cuatro veces centenario, como puntilloso profesor de las reglas del idioma, habiendo incluso editado unas lecciones para sus alumnos, que todavía guardan actualidad cuando se trata de escudriñar el término justo o la construcción gramatical adecuada.

Perteneció en este sentido, a una generación que valoraba el manejo de la lengua y el estricto cumplimiento de las normas que las disciplinan, de igual importancia que el contenido científico de las mismas y esta herencia todavía nos permite apreciar la llamada “*elegantia iuris*”, condición cada vez menos frecuente, pero que hace más accesible incluso la propia comprensión del texto de que se trata.

Ingresa luego a la Facultad de Derecho, donde sobresale en forma notoria por la contracción al estudio del Derecho Civil y en particular, del Código histórico de Dalmacio Vélez Sársfield, que había logrado memorizar alrededor de dos mil artículos, circunstancia que lo transformara rápidamente en un experto sobresaliente de esta importante disciplina y al que se acudía en consulta cada vez que había que encontrar algún vericuetto o cita dentro de esa maraña de más de cuatro mil leyes que conocía y recordaba hasta en sus detalles más insignificantes.

Seguramente influenciado por una máxima que siempre recordaba “*serás lo que debas ser o sino no serás nada*”, comprendió que su vocación estaba totalizada por la enseñanza, para la cual dedicó su vida y todos sus esfuerzos en transformarse en un profesor universitario de tiempo completo, que durante más de medio siglo dejara su impronta en innumerables promociones de estudiantes nacionales y extranjeros, que todavía sienten el ímpetu de sus lecciones o el entusiasmo por el estudio y profundización de las ciencias normativas.

Buteler -salvo un brevísimo período que se desempeñó como fiscal de Estado de la Provincia de Córdoba-, nunca ejerció la abogacía, ni desempeñó otras funciones públicas o privadas que no sean las de profesor, que a partir de esta determinación, se transforma en una vocación capaz de absorber desde el más importante, hasta el último o trivial acto de su prolongada trayectoria.

No es frecuente encontrar -sobre todo dentro de las disciplinas codificadas-, una dedicación de estas características, porque en la mayoría de los casos aparecen decisiones personales o necesidades económicas de prestar servicios mediante el ejercicio práctico de la profesión, que cuando se trata de especialistas de esta calidad, preparación y sabiduría, generan réditos y ganancias significativas.

Solamente una convicción superlativa o quizás una suerte de santidad laica, permiten superar estas naturales inclinaciones o licencias de cualquier jurista que dispusiera de semejante preparación, conocimiento y manejo del derecho privado nacional.

Hace unos años, interrogaba a Ms. Guyenot -profesor de sociedades en la Universidad de la Sorbona- acerca de quién lo sucedería en su cátedra frente a la inminencia de su jubilación y con gran humildad nos respondía, nadie... no porque falten otros mejores, sino porque mis dos adjuntos prestan funciones de tanta importancia, que no pueden permanecer siquiera una semana continua en París y entonces con un dejo de nostalgia se preguntaba ¿Quién estará diariamente a disposición de los alumnos para asistirlos en sus demandas intelectuales, u ocupará sin intersticios los espacios que debe necesariamente cumplir un profesor?

La tarea de quien transmite conocimientos a los estudiantes, no se agota exclusivamente en la excelencia científica o la disponibilidad de una bagaje cultural sobresaliente, sino que exige un grado superior de entrega y disponibilidad, que sólo pueden alcanzarla aquellos dotados de una inmensa generosidad y desinteresada vocación frente a todos y cada uno de los requerimientos necesarios para cumplir esta augusta misión de enseñar.

Hace poco escuchábamos del Papa Benedicto XVI, reflexionando sobre las bondades y conveniencias de la excelsa virtud de la caridad, que de todas las formas posibles en que puede manifestarse, la caridad intelectual es la que reviste una mayor significación, porque al transmitir verdades, experiencias o conocimientos adquiridos, sin pedir nada a cambio,

permanece en el tiempo, beneficia considerablemente a los recepcionarios y se encuentra inmune ni alcanzada por las contingencias de la vida o la finitud propia de las cosas materiales.

Y es precisamente esta “generosidad intelectual” y entrega completa a sus discípulos, cuya única y excluyente misión fuera la de transmitir *erga omnes* los contenidos de su disciplina por espacios continuos por más de medio siglo lo que constituye precisamente, el mensaje central que hoy queremos resaltar y ubicar en el rango de un mérito superior, como rasgo propio y definitorio de nuestro homenajeado y al mismo tiempo, agradecerle el haber sido partícipe y destinatario de tales enseñanzas.

Su magisterio perdurará como feliz recuerdo entre nosotros, por la elocuencia y claridad de sus clases magistrales, que dictaba a viva voz y dotadas de un método impecable; al hombre paciente y bondadoso que pasaba largas horas tomando exámenes, que a veces se prolongaban por varias semanas, o al consultor experimentado para marcar el rumbo de una tesis o el sentido final de un trabajo científico, ayudando al alumno por más modesto que fuera, para aclararle aspectos que no había comprendido acabadamente, actitud ésta que también disponía para con sus amigos, a través el consejo oportuno que por su ponderación y cordura, resultaban siempre de inestimable sabiduría para afrontar los problemas que preocupan a quienes transitan por el mundo.

Esa proximidad afectiva se puso igualmente de manifiesto cuando como director del Instituto de Derecho Civil de nuestra Universidad por más de veinte años, logra transformarlo y revertirlo en un verdadero centro de excelencia científica y formación docente y de donde surgiera toda la pléyade de profesores que hoy tienen a su cargo la responsabilidad del dictado y enseñanza de estas disciplinas.

Una trayectoria universitaria tan intensa y prolongada a través de varias décadas, llegaron a crear en su alrededor, una suerte de anecdotario o leyenda muy abundante, como cuando frente al retiro de un estudiante de la mesa examinadora ante una mala pasada de la suerte con las bolillas, repetía a viva voz y con un dejo de picardía, el conocido verso de Amado Nervo invocando el “*anda errante el alma del suicida*”; o al momento de que el alumno muy nervioso debía iniciar su exposición, le indicaba “*Exprésese con prontitud y esmero*”, o frente al dilema de aprobar por caridad a un repitiente serial, nos indicaba: “*Que Dios y la Nación nos perdonen: hoy tenemos que prevaricar*” y tantas otros dichos que debemos omitir en razón de los límites y brevedad de esta disertación.

Es que detrás de todas estas condiciones que hemos señalado, no podía dejar de existir un alma noble, una persona honorable y bondadosa, “*que vivía y dejaba vivir*”, capaz de exigir a sus estudiantes el esfuerzo necesario del aprendizaje, pero que a su vez era capaz de brindarles el afecto y cariño propio de una relación de filialidad.

Sería una gran injusticia dejar de expresar en este momento, nuestro más sincero agradecimiento por habernos dejado disfrutar la convivencia de una cátedra llena de cordialidad, compañerismo, amabilidad y sobre todo absoluta lealtad, virtudes que no son tan comunes en estos ambientes, donde muchas veces se convierten en centros verdaderamente tóxicos donde prima la soberbia, la discordia, la envidia o el desdén. Haber vivido más de cuarenta años en estas condiciones, fueron mérito evidente de su calidad como persona de bien, que sin duda alguna se obtiene en principio por la cuna, pero se profundiza y cultiva a través del tiempo por obra de la buena disposición y servicio para con los demás.

Tampoco podríamos dejar de destacar y reconocer de manera singular, la firme actitud de defensa de sus discípulos y amigos en toda circunstancias que entendiera se cometía una injusticia para con ellos, y es así que todavía recordamos con profunda emoción, su alejamiento de los cargos directivos de esta Academia precisamente, como una muestra más de estas cualidades morales que trascienden a cualquier sabiduría o pergamino de un curriculum perfecto.

Pero más allá de todo lo expuesto y sus innegables dotes para transmitir y enseñar la asignatura de su elección, Buteler fue un jurista sobresaliente y talentoso, dotado de fundamentos científicos sólidos e indiscutibles capaces de generar el acercamiento necesario que debe mediar entre las disciplinas especiales, con los valores axiológicos y morales que se requieren para que el derecho sea realmente un instrumento de paz y convivencia armónica entre las personas.

Cultor de la Parte General del Derecho Civil, puso su empeño al servicio del tendido de los grandes puentes lógicos para adecuar los diversos institutos en el marco que demanda la necesaria correlación entre la moral y las leyes que nos gobiernan.

Los enunciados generales del abuso de derecho y la buena fe, como así la necesaria vinculación entre la moral y las normas legales, sin que por ello se lesione o afecte la certeza que merecen las transacciones jurídicas, llegó nuestro homenajado a manejarlos con la pericia de un

experto, al que adicionaba el rigor de su formación filosófica, circunstancias que facilitara grandemente la tarea del tránsito de un Código decimonónico e individualista, en otro con profundos fundamentos de contenido social y ajustado a los tiempos modernos que vivimos.

No todos los juristas pueden moverse con facilidad frente a las dificultades que ofrecen este tipo de problemas, ya que resulta frecuente perder el rumbo y excederse por los extremos, sea quedando atrapado por las formalidades vacuas y vacías del positivismo, sea insertándose en un mundo de tanta amplitud hermenéutica que ponga en riesgo las ventajas y previsibilidad propias del derecho escrito.

Basta solamente un recorrido por los numerosos trabajos científicos que publicara con anterioridad a la reforma de 1968, para advertir esta calidad de jurista integral, condiciones que puso a disposición de las ciencias jurídicas en miras a la consecución de un verdadero aggiornamiento o actualización de los sustentos básicos y esenciales del derecho de su tiempo.

Cabe en este sentido recordar sus clases sobre la “teoría general del acto jurídico”, en las cuales siempre destacaba el imprescindible equilibrio que debe mediar entre justicia y seguridad, dos valores que en algunas circunstancias conviven pacíficamente, pero en otros casos -especialmente cuando se trata de los vicios propios-, requieren de una visión capaz de abarcar con igual claridad cada situación encontrando la solución adecuada.

Por ello es que tampoco debe llamarnos la atención, la dedicación que pusiera en el estudio de las nulidades, tópico que constituye de alguna manera, la contracara existencial de la construcción propia de “teoría de la voluntad”, porque viene a poner fin y remediar el nacimiento o exteriorización de manifestaciones efectuadas con vicios o defectos constitutivos, pero concluye abriendo una caja de Pandora, especialmente cuando se trata de preservar las reglas de estabilidad de las transacciones.

Su libro sobre esta materia, constituye una obra clásica, de consulta inevitable y pese al transcurso del tiempo y de los años, todavía guarda esa frescura de los trabajos efectuados mediante una factura técnica impecable y dotado de la consistencia propia de los grandes tratados, a punto tal que a partir de estos estudios, queda fuertemente relegada la teoría de la inexistencia como una categoría propia y diferente de la nulidad absoluta, dentro del fenómeno invalidatorio general.

Algo semejante ocurre con el sistema de la doble clasificación de las nulidades, que la doctrina y las legislaciones modernas se inclinan por un sistema simplificado y Buteler en una pequeña monografía publicada en los Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, coloca las cosas en su lugar, constituyéndose de esta manera, en una alternativa válida para una eventual reforma del sistema aludido.

Sería excesivamente extenso recorrer el largo camino de libros, monografías y trabajos que conforman la producción científica de Buteler, pero no podríamos cerrar estas menciones sin dedicar un párrafo en particular a su famoso *Manual*, elaborado como consecuencia de una experiencia en la docencia y el dictado en particular de esa disciplina durante cincuenta años, el que se ha constituido en una herramienta fundamental y prestado una señalado servicio para la iniciación de los alumnos en el estudio de estas disciplinas normativas.

Elaborado sobre la base de un programa impecable, que sigue con precisión los caminos señalados por el Código, al que adiciona sin embargo, una versión pedagógica y de perfecta síntesis de las diversas instituciones, podemos decir sin ambages, que ha sido la eficaz herramienta para la formación de innumerable promociones de estudiantes que transitaron sus estudios de grado por la Universidad de Córdoba hasta el día de la fecha.

Claro, preciso y completo, encuentra siempre la medida adecuada y armónica entre las exigencias y complejidad de los institutos fundantes de la parte general como persona, objeto y relación, con las posibilidades efectivas de nuestro plan de enseñanza, a punto tal que cuando alguno de nosotros pierde esta ecuación, quedan puntos sin el correspondiente dictado y explicación propia que necesita un principiante.

Estamos absolutamente convencidos de la utilidad y eficacia como herramienta introductoria al conocimiento de los principios fundantes del derecho civil, aunque muchas veces le manifestara mi discrepancia con el modesto título que le asignara, ya que si en vez de *Manual*, le hubiera llamado *Teoría general de las instituciones de derecho privado*, podría haber sido un texto con validez suficiente como para utilizarse en cualquier lugar o institución del país o del extranjero.

El haber podido cursar los contenidos de esta asignatura en otras instituciones del mundo, nos permite afirmar con el más absoluto convencimiento, que estamos ante una obra de la más alta calidad y sapiencia y consecuentemente dotada de la simpleza y la medida de asimilación pro-

pia de un estudiante, lo que constituye un motivo más a considerar dentro de la herencia que nos legara Buteler.

Señores... y antes de concluir, quisiéramos traer a la consideración de Uds. una leyenda que seguramente nos permitirá comprender este homenaje en toda su magnitud y trascendencia, como así las virtudes y méritos relevantes de nuestro homenajeado.

Cuenta la mitología que un joven griego, preocupado sobremanera por superar el olvido inevitable de la muerte, concurre al Parnaso a preguntarle a los Dioses cómo hacer para encontrar una solución a este problema existencial.

Pregunta primeramente, si es posible hacerlo logrando poder político, como Alejandro el Magno, y una voz le responde: piensa en los finales de su epopeya y tendrás una respuesta claramente negativa.

Entonces insistió demandando si las riquezas le permitirían lograr que sus contemporáneos no lo relegaran de sus recuerdos, y una vez más la contestación fue suficientemente clara, como para despejar completamente esta alternativa.

Uno de los Dioses, compadeciéndose ante la angustia que lo embargaba, se apiadó de él brindándole un consejo simple y profundo: dedícate a ser maestro, porque sólo su voz no se acalla nunca, ya que se va transmitiendo de boca en boca y de generación en generación hasta el final mismo de los tiempos.

Buteler se encuentra alcanzado por esta moraleja, ya que el haber entregado su vida a esta augusta y generosa misión, su espíritu y su impronta permanecerán para siempre mientras existan abogados, estudiantes y profesores que precisan cultivar estas disciplinas.

Sus clases, sus libros, sus ideales, pero por sobre todas las cosas, su ejemplo de austeridad laica y generosidad intelectual, constituyen el más preciado legado al que hoy le rinde tributo esta corporación, recordándolo entre sus componentes más ilustres y destacados y seguramente, como le ocurriera al joven griego, su muerte no podrá acallar jamás su legado y enseñanzas.

\*\*\*

*Palabras pronunciadas por el Dr. Domingo Antonio Viale en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*

Sr. presidente de la Academia, Sres. académicos, Sr. decano de la Facultad de Derecho y S.C. de la UNC, Sr. presidente de la Asociación de Magistrados de la Provincia, familia del Dr. José Antonio Buteler Cáceres, colegas, Sras. y Sres.

Agradezco al Sr. decano haberme conferido el honor de representar a la Facultad de Derecho en este merecido homenaje a quien fuera uno de sus preclaros profesores.

A un siglo de su nacimiento, es justo para su memoria que lo recordemos, pero también es importante para el ejemplo de los presentes y, sobre todo, para el de los que vendrán.

Recorrer los hitos que marcan su trayectoria nos pone frente a una personalidad clara y definida. El amor por su familia, por el estudio, y por la enseñanza, son las tres grandes ramas del árbol de su vida.

Dicen sus hijos -en testimonio intachable- que fue un padre tierno y generoso sin límites. Fue un gran amigo de sus amigos, especialmente con aquellos a los que la vida, de una u otra manera, golpeó.

Muy joven era cuando -mientras estudiaba Derecho- comenzó a enseñar a los alumnos que debían rendir examen en los Colegios San José y Monserrat, la lengua castellana, que fue, podríamos decir, su primer amor intelectual.

Después llegó a ser profesor de Castellano (Gramática y ortografía), en el Colegio Monserrat, y en el curso de esa labor escribió su libro sobre *Análisis Gramatical*, que mereció varias ediciones.

Su vasto conocimiento y su respeto por nuestro idioma se verían reflejados en esa notablemente llana y limpia expresión de los conceptos, que han convertido a sus libros y trabajos doctrinarios en modelo de cómo escriben los que realmente saben.

¡Qué diferencia con algunos textos actuales, doctrinarios y, hasta judiciales, los que para procurar descifrarlos hay que leer y releer varias veces!

La comparación se hace inevitable, y de ella se extrae sin esfuerzo la preocupante conclusión de que en no muchos años nuestro idioma y, en general, nuestra cultura, han sufrido un serio deterioro.

Su *Manual de Parte General* y sus otros trabajos son un paradigma de la excelencia en la enseñanza del derecho, y del civil en particular, por su profundidad y por su claridad meridiana.

Para dar nada más que un ejemplo, recuerdo la magistral conferencia pronunciada en esta Academia sobre aspectos de la Reforma de 1968 al Código Civil en materia de nulidad de los actos jurídicos.

Al abordar la clasificación de las nulidades y el que -con razón-calificaba como intrincado régimen estructurado por el Código sobre la materia, bajo la influencia de Freitas, hizo gala de lo que fue la técnica expositiva que siempre lo caracterizó: primero, un riguroso método; segundo, un impecable uso del más puro idioma español; tercero, un prolijo y meduloso análisis del tema en estudio; y por último, revelando la generosidad propia del auténtico educador, un fructífero esfuerzo por simplificar la explicación, facilitando al máximo su comprensión.

Considerando que en los tiempos que corren hay vientos que no nos traen buenos presagios sobre el futuro de nuestro Código, vale la pena recordar que el Dr. Buteler Cáceres, como muchos de nosotros, aceptó de buen grado la sustancial actualización que trajo la Reforma de 1968, y elogió el método seguido por la misma, que él siempre auspició, vale decir, el de mantener a toda costa la estructura sistemática integral del Código, y hasta la propia numeración de sus artículos.

Muchas generaciones de abogados -y también de contadores- han recibido sus enseñanzas con indudable provecho, y muchos todavía hoy recurrimos a esos, sus textos. Formó parte de esa pléyade de grandes maestros, dignos representantes de la Escuela de Derecho de Córdoba, que tuvimos el privilegio de frecuentar.

¿Quién no recuerda sus magníficas clases y conferencias?

Austero, paciente con los alumnos, humilde como sólo los grandes lo son, caballero afable, siempre ejerció sus funciones imponiendo respeto con el más infalible de los instrumentos, que es el de la autoridad moral. Su natural bonhomía hacía impensable cualquier agresión de su parte, ni siquiera verbal; mucho menos a sus discípulos.

Entonces, en ocasiones afloraba su fina ironía. Hay al respecto una anécdota, cuya autenticidad no estoy en condiciones de certificar; pero cuya autoría la leyenda universitaria ya definitivamente le adjudica.

Dice esta historia que alguna vez, antes de comenzar a tomar un examen, se asomó a la puerta de una de esas viejas aulas del edificio histórico de nuestra Facultad, y dirigiéndose en voz alta a los estudiantes, dijo: ¡Pasen primero los recomendados!, en una sutil admonición por haber recurrido a esa vía heterodoxa procurando aprobar la materia; al mis-

mo tiempo que era una cortés advertencia de cuál sería, muy probablemente, su suerte.

Su innata vocación por el estudio y por la enseñanza se patentiza en sus obras, y además, en la cronología de su vida: se recibió de abogado en 1936, a los 25 años; sólo 2 años después, en 1938, ya fue doctor en Derecho y Ciencias Sociales; 3 años más adelante (en 1941), profesor adjunto; y 6 años más tarde (en 1947), accedió a la titularidad.

Como todos los profesores de nuestra Universidad de aquella época, debió pasar -con dolor- por los duros acontecimientos de 1946 y de 1955, que no fueron otra cosa que el fiel reflejo, dentro de la casa de altos estudios, de los tremendos sacudones sociopolíticos que convulsionaron al país de ese entonces.

Llegó a la plenitud de su carrera, alcanzando la merecida jerarquía de profesor emérito.

Al cumplir 50 años de docencia, la Facultad le rindió un homenaje en el venerable Salón de Grados, en el que fue el único orador, refiriéndose en esa oportunidad a “Los 3 grandes juristas de América: Freitas, Vélez Sársfield y Bello”.

Disertó sobre su vida y obra, sin siquiera valerse de un mínimo “ayuda memoria”, detallando, con precisión asombrosa, títulos, números y textos de artículos, notas y fechas; para admiración de todos los presentes. Fue un auténtico maestro, en el más amplio y honroso sentido de la palabra.

Sras. y Sres.: Es motivo de legítimo orgullo para la Facultad de Derecho haber tenido un profesor de la talla del Dr. José Antonio Buteler Cáceres y, sin duda, también su familia tiene sobrados motivos para estar orgullosa de su padre.

Hoy, lo recordamos con afecto, agradecimiento, respeto y admiración.

**HOMENAJE AL CENTENARIO DEL NATALICIO  
DEL EX ACADÉMICO DE NÚMERO DR. LISARDO  
NOVILLO SARAVIA \***

*Palabras del Sr. académico de número Dr. Juan Manuel Aparicio*

El Dr. Lisardo Novillo Saravia nació el 26 de octubre de 1911 y falleció en esta ciudad el 7 de noviembre de 1996. Egresó como bachiller en el tradicional Colegio Nacional de Monserrat en 1928 y obtuvo su título de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en 1933, doctorándose en ella en 1938. Su actividad docente se vinculó con el Derecho Civil, en la Escuela de Notariado de la Facultad de Derecho, llegando a ser titular de Derecho Civil I en dicha Escuela. A su vez, fue designado profesor titular de Derecho Civil I en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y catedrático de Derecho Civil III en la Universidad Católica de Córdoba, desplegando, asimismo, su actividad docente en la enseñanza secundaria. Entre los años 1961 y 1963 se desempeñó como presidente del Consejo de Educación de Córdoba. Tuvo destacada actuación en el ámbito diplomático, habiendo sido embajador en el Reino de Bélgica entre los años 1955 y 1957.

En 1977 fue nombrado juez de de Cámara de la Justicia Ordinaria de nuestra provincia de Córdoba. Demostró inquietudes por la investigación y publicó diversos trabajos sobre temas de derecho civil.

En lo que concierne a nuestra Academia, se incorporó como miembro de número en 1985, ocupando el sillón que lleva el nombre de Lisandro Segovia. Fue asimismo secretario de esta corporación y director del Instituto de Derecho Civil.

---

\* Acto realizado en sesión extraordinaria el 15 de noviembre de 2011.

Este año, en el mes de octubre, se han cumplido cien años del nacimiento del Dr. Lisardo Novillo Saravia y el siete de noviembre, quince años desde su fallecimiento.

Nuestra Academia fue creada en 1941 a instancias de quien era rector a la sazón, el ingeniero Rodolfo Martínez, por ordenanza aprobada por el Gobierno Nacional. Ya transcurridos setenta años de vida, no se desentiende de sus raíces, rindiendo constantemente homenajes a quienes fueron sus distinguidos integrantes en el centenario de su natalicio, como ocurre hoy con el Dr. Lisardo Novillo Saravia.

El Dr. Lisardo Novillo Saravia, fue ante todo un hombre probo, de firmes convicciones, que profesó con idéntica entereza la fe católica y fue presidente del Comité Córdoba del Primer Congreso Nacional de Abogados Católicos de 1954. Con una proverbial rectitud, fue fiel a sus principios en que se apoyaban esas creencias y convicciones, principios que le sirvieron invariablemente de guía tanto en su vida pública como privada. Debo señalar que aunque llegué a conocerlo, no tuve un trato frecuente con él; empero, perdura indeleble en mi memoria su distinguido porte y la atildada elegancia de su presencia física. Como he ejercido la profesión de abogado pude participar de la opinión del foro, la que consideraba en forma elogiosa su destacable desempeño en la magistratura judicial. Contribuía a ello las que deben ser virtudes paradigmáticas de un juez: sólida formación jurídica, independencia de criterio, integridad y sentido común. La sólida formación jurídica, la adquirió en un ambiente universitario de privilegiado nivel académico de elevada jerarquía. En cuanto a sus publicaciones, a mero título de ejemplo, estimo oportuno recordar su monografía sobre la forma de los actos jurídicos, publicada en el homenaje a Vélez Sársfield del año 1950. En ella critica la distinción tradicional entre forma *ad solemnitatem* y forma *ad probationem* que prevalecía en la doctrina, para distinguir los supuestos previstos en materia contractual por los arts. 1184 a 1188, por un lado, y el art. 1810 del Código Civil por el otro. Con fina percepción jurídica advierte que esa distinción no traduce la esencia de la distinción de los dos supuestos diferenciados. En ambos, la forma se atiene a la sustancia del acto y es del mismo género. El distingo estriba en los efectos que la ley atribuye a la inobservancia del requisito formal. Hoy, como pensaba Lisardo Novillo Saravia, con mayor precisión se habla del género forma *ad substantiam* en el que cabe distinguir dos especies: actos formales de solemnidad absoluta y actos formales de solemnidad relativa. La distinción de ellas estriba en los efectos

que la ley atribuye a la inobservancia del requisito formal. En los actos de solemnidad absoluta la sanción es la nulidad. En los actos de solemnidad relativa el contrato celebrado en trasgresión de la forma genera una obligación de hacer: observar la forma establecida, pero mientras ella no se cumpla el contrato no queda perfeccionado para producir la plenitud de los efectos que le son propios.

Sus inquietudes no se circunscribieron al ámbito del derecho civil. En el concurso abierto por la Academia en 1968 sobre régimen constitucional de la instrucción pública presentó el trabajo, luego publicado, “Organización constitucional de la educación”, distinguido con el *accessit* al premio Saavedra Lamas.

En nombre del Instituto de Derecho Civil de esta Academia, cuya dirección ejerzo, me honra evocar a un predecesor tan notable en dicho cargo.

En un homenaje de esta índole recordamos, en el más genuino sentido etimológico del término pues traemos directamente al corazón de sus familiares y descendientes, la rememoración de un ser querido, ámbito donde continúa latente el afecto que le profesaron, no obstante su desaparición física.

En lo que concierne a la Academia, ponemos al descubierto su espíritu que se nutre con el aporte que le ha brindado una pléyade de renombrados juristas con su erudición y con su ejemplo.

Recordar para la Academia en estos casos no es algo pasivo, sino que se transforma en un hacer. Volvemos al pasado con esa condición de la mente humana que le permite movilizarse por todas las dimensiones de su tiempo y vincular el pretérito con el presente y el futuro. Los setenta años de vida de nuestra Academia la han dotado de una historia que atiene a su esencia. Tengo la convicción -seguramente compartida- de que el presente de esta Academia se nos manifiesta inveteradamente, como es suma de fructíferos esfuerzos, como el resultado de esa lúcida trayectoria del pasado, que señala rumbos en el futuro y se proyecta en el porvenir.

\*\*\*

*Palabras del Arq. Augusto Novillo Saravia en representación de la familia*

Buenas noches...

Como hijo, y en nombre de toda la familia de Lisardo Novillo Saravia, quiero agradecer a la Academia de Derecho, a su presidente el Dr. Juan Carlos Palmero, al Dr. Aparicio y a todos sus miembros, por este emotivo homenaje que hoy le efectúan a mi padre, en el centenario de su nacimiento.

Resulta un orgullo estar hoy acá, en esta prestigiosa institución del derecho, a la cual mi padre le resultaba muy grato pertenecer.

Al mismo tiempo fue en ella donde en sus últimos años pudo demostrar su vocación de servicio al derecho y a la sociedad y donde pudo volcar su sabiduría y su experiencia profesional y académica.

La Academia, como mi padre solía llamarla, fue un ámbito muy querido por él, y sin duda le resultó un honor y una gran alegría ser distinguido como miembro de número de la institución.

Supo trasladar ese sentimiento a toda la familia y es por ello, que hoy, todos nosotros, aun siendo pocos los que pertenecemos a esta profesión, tenemos un gran cariño por la Academia de Derecho de Córdoba, a la cual le expresamos nuevamente nuestro mayor agradecimiento.

**HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DE LA REFORMA  
DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES  
DE LA PROVINCIA DE CORDOBA \***

*Discursos pronunciados con motivo de la celebración de los veinte años de la reforma del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba*

*Discurso del Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero*

Corresponde en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pronunciar estas palabras de bienvenida a los participantes de esta importante sesión pública organizada por nuestro Instituto de Ciencias Penales -a través de la eficiente iniciativa del coordinador del área de Derecho Procesal Penal, el Prof. Dr. José Ignacio Cafferata Nores-, con la finalidad de conmemorar el “Veinte aniversario del Código Procesal Penal de la Provincia”, circunstancia que una vez más nos ubica a la cabeza de la técnica y modernización de los mecanismos e institutos judiciales referidos a esta delicada disciplina.

En esta oportunidad, juntamente con el recordatorio de las razones de orden estrictamente científico que justificaron esta significativa e importante reforma de la ley del rito, se entregarán diplomas especiales de reconocimiento a los legisladores que tuvieron destacada participación en el proceso de sanción de la ley respectiva, quienes mediante un trabajo serio y sin miramientos o mezquindades políticas, estuvieron contestes en avanzar hacia el futuro en tan sensible y delicada materia, a punto tal que hoy resulta

---

\* Sesión especial efectuada el 23 de agosto de 2011.

objeto de análisis y emulación por muchas otras jurisdicciones que pretenden seguir o continuar el camino abierto por Córdoba hace dos décadas.

Esperamos que estas deliberaciones puedan desarrollarse dentro de las expectativas esperadas y seguramente servirán para estimular esta constante preocupación por el permanente perfeccionamiento de las ciencias y disciplinas normativas, que como Uds. bien conocen, constituye uno de los objetivos centrales y razón institucional de esta corporación.

Como se ha dicho muchas veces, hacer historia no es ocuparse del pasado de manera exclusiva, sino que el volver a repensar y reflexionar acerca de los grandes lineamientos y decisiones adoptadas en una determinada orientación, facilita una vez transcurrido un espacio de tiempo suficientemente prolongado, hacer una suerte de balance que permite visualizar con claridad los aciertos y ventajas de la tarea cumplida, como así igualmente tomar cabal conciencia de los problemas o limitaciones que se han puesto en evidencia a la luz en su funcionamiento práctico.

Estamos absolutamente persuadidos de que a la luz de la solidez científica de los expositores, como así de las diversas consideraciones que se formularán en orden a la consecución de las conclusiones necesarias a este respecto, todo ello servirá seguramente, para trascender las funciones propias de este homenaje -que por cierto corresponde en justicia ofrecerlo-, sino también facilitará avanzar en la valoración técnica de los institutos a la luz de la experiencia acumulada durante el tiempo de vigencia de la reforma y los problemas y desafíos que ha debido zanjar.

Es por ello que no podríamos silenciar la satisfacción que nos embarga el declarar oficialmente la apertura de este encuentro, que ya superará ciertamente las fronteras domésticas, para constituirse en materia de atención nacional o de otros países o centros de estudio de orden internacional.

En realidad, correspondería limitar estas palabras introductorias a la iniciación de estas jornadas de manera exclusiva, con lo cual habríamos cumplidos con nuestro cometido. Pero la verdad es que por diversas razones que Uds. podrán comprender, no podríamos reducirnos sólo a esta función institucional, sino que formularemos algunas otras consideraciones que estimamos pueden resultar de interés sobre esta delicada cuestión que plantean las normas procedimentales que vehiculizan la actividad represiva del Estado a través de la aplicación efectiva de la ley sustantiva ante una violación del orden jurídico penal.

Cuando nos preguntamos acerca de las razones por las que a mediados de la década del cuarenta se le reconoce a Córdoba una Academia Nacional de Derecho, cuando en realidad existía otra con anterioridad que correspondía a la ciudad de Buenos Aires, nos vienen a la mente varias respuestas posibles para justificar esta excepción a lo que ha sido la regla en lo que hace a la organización de este tipo de entidades científicas.

Una primera razón deberá encontrarse de manera indudable, en la circunstancia que fue la Universidad de Córdoba la primera del país -encontrándose entre las cuatro más antiguas de América-, y organizado su Facultad de Derecho en 1791, argumento que parece de evidencia notable, lo que obviamente tiene que haber gravitado en forma considerable.

Pero a la par de esta reflexión, si se quiere de orden histórico, es menester poner de relieve que a partir de los comienzos del siglo XX, especialmente por la influencia de la llamada “Escuela Jurídica de Córdoba” -que estuviera integrada por una pléyade de juristas destacados entre los que se encontraron sin ninguna duda Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde-, la provincia de Córdoba estuvo de manera indubitable a la cabeza de todas las iniciativas que llevaran adelante o incorporaran a nuestra normativa, las más recientes iniciativas científicas de las diversas disciplinas, circunstancias que era motivo de admiración generalizada y orgullo nacional.

Podríamos decir que Córdoba brilló en el siglo pasado fundamentalmente por el prestigio de sus juristas y la riqueza de su producción literaria, como así igualmente mediante la consideración generalizada acerca del valor de sus centros de enseñanza y especialización, antecedentes que de alguna manera recibe en herencia esta Academia Nacional de Derecho que hoy nos congrega y cuyo importante y significativo legado debemos continuar y defender.

Si de alguna manera se quiere corroborar la exactitud de esta afirmación, ninguna disciplina como el derecho procesal penal conforma un ejemplo más acabado del fenómeno que estamos relatando, si se tiene en cuenta que ya a partir del 18 de enero de 1937, el gobernador Amadeo Sabattini designa una “Comisión Técnica” integrada por los profesores de esta Universidad, Dres. Alfredo Vélez Mariconde, Sebastián Soler y Ernesto Peña, a quienes se encomienda la redacción de un proyecto de “Código de Procedimiento en lo Criminal” para ser sometido en su oportunidad a la consideración de la Legislatura, comisión que a la postre

trabaja con sólo dos de sus miembros por la renuncia del último de los nombrados.

Es muy interesante recordar los fundamentos expresados por los juristas anteriormente nombrados, en su nota dirigida al ministro de Gobierno, Dr. Santiago del Castillo, de fecha 27 de noviembre de 1937, cuando expresan que los inspira el loable propósito de *“brindarle a la Provincia un procedimiento penal que armonice con la ley sustantiva y por ende que responda a los postulados liberales de la Constitución y consulte los principios de la doctrina moderna”*, preocupación que demuestra esa sensibilidad de nuestros juristas por mantenerse siempre alertas e inquietos ante la evolución de la ciencia y de los progresos científicos de estas disciplinas, fenómeno que ha sido motivo de reconocimiento generalizado en el país.

Estas ideas relacionadas con la necesidad de mantener nuestras leyes procesales acordes con los grandes lineamientos y garantías de nuestra sabia Constitución Nacional y Provincial, se reiteran una vez más en el Mensaje del Poder Ejecutivo al remitir el Proyecto para su consideración por la Legislatura, cuando alude al trabajo serio y concienzudo elaborado por los Dres. Vélez Mariconde y Soler, con el propósito superior de disciplinar *“el instrumento jurídico idóneo para el descubrimiento de la verdad y la mejor administración de justicia, afianzar poderosamente la defensa social contra la delincuencia, mientras constituye una fuerte garantía de libertad y derechos individuales”*, ratificando una vez más sobre la imposibilidad de continuar manteniendo una legislación que nació en desarmonía con las instituciones políticas de la época como ocurriera con su precedente inmediato asentado sobre el sistema inquisitorio español.

Lo cierto es que la sensibilidad demostrada a mediados del siglo pasado, para llevar adelante el progreso y actualización de nuestro vetusto sistema de enjuiciamiento criminal, al trocar el sistema escrito por un régimen de *oralidad*, debemos igualmente destacar que sin distracción alguna, ni dormirse en los laureles, hace sólo dos décadas se efectúa una segunda reforma, que actualiza esta vez los grandes principios e institutos del moderno derecho procesal penal, sobre la base de colocar a la cabeza de la investigación criminal al Ministerio Público Fiscal, funcionarios que ahora adquieren especial protagonismo como responsables exclusivos de promover las tareas de investigación y con ello, la suerte misma de la acción penal.

En definitiva, a partir del año treinta y siete se ha avanzado no sólo en el perfeccionamiento técnico de los diversos instrumentos legales antes mencionados, sino también se ha profundizando la filosofía que inspirara una tendencia universal de los sistemas de derecho continental que ya nadie discute tanto en el orden nacional como internacional.

Al comienzo decíamos que por circunstancias especiales no podríamos reducirnos a las palabras alusivas a la apertura de estas Jornadas, y ahora corresponde explicarnos un poco más acerca de las razones que justifican esta aseveración inicial.

Nos ha tocado personalmente conocer, por referencia directa de nuestro padre, el Dr. Juan S. Palmero, que en esa oportunidad se desempeñara como presidente de la Comisión de Legislación General del Senado de la Provincia y actuara además como miembro informante del Proyecto por la mayoría, algunas vicisitudes que vienen a cuento y que serían muy difíciles de omitir en miras a brindar un panorama completo de las dificultades que hubo que zanjar para que prosperara esta iniciativa, para lo cual haremos pie sobre algunas referencias asentadas en lo que se ha dado en llamar técnicamente “historia narrativa”, cuyos datos no se extraen de los documentos, sino que derivan del comentario directo de los protagonistas necesarios de un determinado acontecimiento y se transmiten de boca en boca y de generación en generación.

Como era de imaginar, una reforma tan profunda del sistema procesal penal, cuya vigencia se había extendido durante tanto tiempo sin experimentar modificaciones significativas, aun luego de la sanción del Código Penal de 1920, debía generar resistencias y temores tanto en el ámbito estricto de la magistratura, como así respecto de los abogados dedicados a esta materia.

Además, los principios que alentaba el Proyecto, carecían de base o inserción cultural o científica entre los operadores del derecho y desde este punto de vista, su conocimiento y aceptación estaba ubicada más en los ámbitos académicos, que en lo que hace a la vida diaria tribunalicia, situación que generaba una preocupación particular a los autores de esta iniciativa, porque temían que la resistencia pudiera frustrar su aprobación legislativa.

De esta manera, podemos dar testimonio -por múltiples referencias y cuentos que recibiéramos de nuestro padre-, que el Dr. Alfredo Vélez Mariconde se ocupó en forma personal, diríamos que como profesor particular y durante más de un año, de concurrir a nuestro Estudio de la calle

Ayacucho 60, para preparar al legislador que tendría la responsabilidad de defender el proyecto, tarea que debe haber sido bastante complicada en razón de que mi padre no había desarrollado una carrera docente, tampoco podía distinguirse como penalista, ni había ejercido siquiera medianamente la profesión en la especialidad y, por consiguiente, le faltaba formación teórica o científica a este respecto. Es más, la biblioteca hasta ese entonces estaba provista sólo de literatura atinente al derecho privado, experimentó un cambio considerable al nutrirse de una serie de tratados escritos por juristas italianos -entre los que recordamos de manera especial, la obra de Sabattini-, que leían lentamente en conjunto el visitante aludido precedente, todo ello en miras a una mejor comprensión de los textos y significado de sus enseñanzas.

Sobre estos esfuerzos y con la paciencia de los grandes profesores de las innovaciones propuestas, se fueron sentando las bases de la defensa científica de la moderna iniciativa, como así de la mayor parte de las argumentaciones que la justificaban y hacían viable para nuestro medio, sin las cuales obviamente su concreción no habría sido posible.

Es bueno destacar que tanto Soler, como Vélez Mariconde, lograron el éxito persuadiendo, convenciendo y desarrollando una labor de difusión generalizada de sus convicciones, como así de los beneficios de su imposición, destacando sobre todo que la adopción del régimen de *oralidad* otorgaría la innegable ventaja de la inmediatez que debe mediar entre el *iudicando*, con la plataforma fáctica de los hechos a juzgar, circunstancia que preservaría un mejor y más adecuado servicio de justicia, principio que luego los hechos se han encargado de corroborar en forma incuestionable.

También cabe recordar al respecto, los cuentos que relataba nuestro padre con relación a la formidable resistencia que ofrecían al Proyecto los operadores jurídicos de ese momento, para lo cual se empleaban argumentos de fuerte impacto, como el cuestionamiento o supresión de la doble instancia, que según su punto de vista traería aparejado la afectación del principio de defensa con la consolidación de sentencias injustas o abusivas, como así muchas otras críticas que estaban en el ánimo público el que por lo general, no resulta propenso a que se introdujeran cambios traumáticos respecto de lo que se tenía aprendido con anterioridad y estaba en práctica todos los días.

Hace poco tiempo estuvimos en la ciudad de Rosario inaugurando un curso de Derecho Procesal del Instituto de Ciencias Jurídicas de la

Región Centro de nuestra Academia, bajo la dirección de los Dres. Álvarez Gardiol y Alvarado Velloso, y tuve la oportunidad de escuchar algunas argumentaciones que vertían aún en estos tiempos, y a pesar de las experiencias que ya existen en el país, con relación a una iniciativa semejante a la de Córdoba y realmente ese antecedente nos hizo pensar que se trata de un proceso inevitable derivado necesariamente de la reforma del sistema escrito por el oral, pero que resulta conveniente estar al tanto de estas resistencias porque ayudan a otras jurisdicciones a emprender el camino seguido en su momento con tanta lucidez por los juristas de nuestra provincia.

Somos igualmente conscientes de que cuando se introdujeron las trascendentes e importantes modificaciones estructurales de nuestro Código de Procedimientos Penales, hace exactamente veinte años, también se escucharon críticas, observaciones, retaceos o reclamos, aunque obviamente, de menor entidad que las de antaño, pero debemos destacar y encomiar la lucidez y valentía de nuestros juristas y legisladores que tuvieron la lucidez de estar siempre con la antorcha encendida, buscando transformar en realidad las innovaciones que surgen de la evolución de las ciencias y en este sentido es que corresponde igualmente prestarles este reconocimiento a los legisladores y hacerlos partícipes de nuestras más sinceras felicitaciones, todo lo que quisimos expresar a través de los diplomas que hoy serán materia de entrega a los distintos protagonistas de esta reforma.

No podríamos tampoco silenciar el protagonismo esta vez de juristas de la talla del Dr. José Ignacio Cafferata Nores o de Aída Tarditti, que con su talento y dedicación fueron capaces de hacer escuchar sus enseñanzas y persuadir a sus colegas acerca de las bondades del nuevo sistema, sobre todo en esa preocupación por establecer las diferencias necesarias entre la responsabilidad de llevar adelante la acción pública con las funciones más acotadas y propias del juez, como árbitro y director del procedimiento.

Por todas estas razones es que esta Academia hoy se viste de galas, no sólo porque perfila su historia, sino también y esto no es un dato menor, en razón de que dispone dentro de sus miembros precisamente a quienes tuvieron sobre sí la dura responsabilidad de llevar adelante esta actualización que, como dijimos, nuevamente nos coloca a la cabeza de las iniciativas en la materia.

\*\*\*

*Discurso del Sr. académico de número y coordinador de derecho procesal penal del Instituto de Ciencias Penales de la Academia, Dr. José I. Cafferata Nores*

## A VEINTE AÑOS DE LA SANCIÓN DEL VIGENTE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA

### **I. Contexto temporal y plan de exposición**

Por cierto que no es del caso pretender desarrollar el Código Procesal Penal de Córdoba sancionado en 1991 en forma detallada. Sólo me referiré a sus fuentes, sus innovaciones estructurales más notorias y la amplia participación de operadores jurídicos que tuvo su génesis y sanción.

Sí debo decir, para contextualizar temporalmente, que el gobierno democrático provincial que asume en 1983 con la elección de Eduardo Angeloz, prestó una gran atención a la modernización del sistema judicial.

Durante la gestión de Juan Carlos Palmero como ministro de Gobierno, se crearon los fueros Contencioso Administrativo y de Familia. Durante la mía, y como consecuencia de la reforma de la Constitución Provincial operada en 1987, se dictaron las leyes orgánicas del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública (Ley de Asistencia Jurídica Gratuita) y los nuevos códigos de Procedimiento Civil y Comercial, del Trabajo y el Procesal y Penal que hoy nos ocupa.

Posteriormente, ya en 1998, durante la administración de Ramón Mestre, en la gestión de Oscar Aguad como ministro de Gobierno y D.S., y la presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aída Tarditti, se logra la implementación total de la profunda reforma introducida al enjuiciamiento penal por el Código Procesal Penal de 1991.

#### *A. Fuentes del C.P.P. de 1991*

Las fuentes más directas del C.P.P. de 1991 son las siguientes.

### 1. *El C.P.P. 1939 y su reforma de 1970*

Como se menciona expresamente en la Exposición de Motivos del Proyecto respectivo, el Código vigente reconoce como precedente inmediato el sancionado en *Córdoba en 1939* (que introduce al país el juicio oral y público en materia penal) y su *reforma de 1970*. No voy a abundar en detalles sobre este aspecto pues ha sido suficientemente desarrollado por los oradores que me antecedieron, Dres. Palmero y Zarazaga.

### 2. *La Constitución de Córdoba de 1987*

La *Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987* incorpora a la normatividad provincial de máxima jerarquía, una importante serie de ideas fuerza que el Código vigente recepta.

Merecen contarse entre ellas la situación institucional del Ministerio Fiscal como órgano separado del jurisdiccional pero integrante del Poder Judicial, y las atribuciones que a éste expresamente se le reconocen, en orden a la promoción y ejercicio de la acción penal pública: aquí se destacó la tarea del convencional (y luego miembro de esta Academia) Dr. Jorge de la Rúa.

Y no debe perderse de vista que esta Constitución incorpora como Disposición Complementaria, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos, cumpliendo con la obligación que asumiera en 1984 por ley 7098, de hacer cumplir la CADH en la Provincia en las materias de su competencia. Complemento no es adorno, sino “cualidad o circunstancia que se añade a una cosa para hacerla íntegra o perfecta” según el Diccionario. En tales condiciones la CADH -que enfatiza en la imparcialidad de los jueces- integra desde 1987 la normativa constitucional local (incorporándose a la nacional recién en 1994).

De este conjunto se destacan nuevos derechos y garantías para el imputado y la víctima del delito y la posible participación de legos en los tribunales de juicio, que, como anticipé, son receptados en el C.P.P. de 1991 que consecuentemente acentúa con fuerza las notas propias del sistema acusatorio.

### 3. *El Proyecto de C.P.P. de la Nación de 1986*

El Proyecto de *Código Procesal Penal de la Nación* de 1986 (en cuyos primeros borradores colaboré, pero que finalmente terminó redactando Julio Maier con la importante colaboración de Alberto Binder), si bien no obtuvo sanción legislativa, influyó en muchas de las nuevas instituciones del Código cordobés.

## B. *Principales innovaciones del C.P.P. de 1991*

Desde luego que no pretendo señalarlas a todas sino sólo las que me parecen estructuralmente más trascendentes.

### 1. *La acentuación del principio acusatorio*

Con un trazo grueso podría decirse que las nuevas instituciones se orientan a dar vigencia- aunque todavía con ciertas limitaciones- al principio acusatorio, desterrando el sistema mixto o inquisitivo mitigado que ostentaba el C.P.P. de 1939, procurando una mayor imparcialidad de los jueces.

Las principales manifestaciones de este cambio son:

#### a. *La investigación fiscal preparatoria*

El nuevo C.P.P. adecua los roles de los sujetos procesales públicos a la verdadera naturaleza de sus funciones constitucionalmente asignadas.

Así, al M. Fiscal le asigna la tarea de investigar los delitos de acción pública, a los fines de identificar a sus partícipes y buscar pruebas para fundar su acusación y pedir que sean sometidos a juicio.

Priva de este modo a los jueces de la tarea anteriormente asignada de practicar la instrucción jurisdiccional, tendiente primero a buscar y luego a darle al fiscal las pruebas en donde éste debería fundar su acusación, y la sustituye por otra: la de controlar la legalidad del accionar investigativo de los fiscales, desde la óptica del respeto o violación a las garantías individuales (juzga sobre su observancia) y la razonabilidad y corrección jurídica de muchas de sus conclusiones (v.gr., juzga sobre la

potencia incriminante de la prueba procurada por el fiscal, en apoyo de su acusación y el acierto o error de encuadramiento legal recaído).

El fiscal investiga y acusa: el juez lo controla.

*b. Los nuevos roles que se ponen a cargo del fiscal y del tribunal durante el juicio oral y público*

Durante el juicio el MP Fiscal “es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva”. Paralelamente, ha quitado al tribunal de juicio la gran mayoría de las llamadas “facultades autónomas de investigación” (producción de pruebas *ex officio*), que el Código anterior le reconocía. Sus jueces, entonces, deberán decidir en su sentencia sobre el fundamento de la acusación a base de las pruebas que arrimen el Ministerio Público Fiscal, el imputado (si lo desea hacer) y las demás partes, lo que facilitará que el tribunal cumpla su verdadero papel durante el juicio, especialmente en el debate, que es el de director -sin facultades que comprometen la imparcialidad y objetividad indispensables para dictar una justa y fundada resolución- y el de garante del pleno e igualitario ejercicio de las atribuciones de todos los otros sujetos procesales.

*2. La intervención de particulares*

El nuevo C.P.P. introduce dos figuras que Córdoba había repudiado siempre: el querellante (argumento: sólo busca venganza) y los jurados (argumento: no conocen el derecho).

*(a) El querellante*

Se autoriza al ofendido por un delito de acción pública a intervenir en el proceso penal como querellante, colaborando con el ejercicio de la acción penal, acordándole atribuciones acusatorias expresas, cuyos alcances se siguen hoy discutiendo (v.gr. la necesidad de que el M. Fiscal avale sus recursos como condición del tratamiento de éstos por el tribunal de alzada). Deja atrás la estigmatización sobre el “interés de venganza” de la víctima que había imperado más de medio siglo entre nosotros, y recepta la letra y el espíritu de la Constitución de 1987 y la normativa supranacional que “complementa” a aquélla.

*(b) El jurado*

El nuevo C.P.P. permite que en ciertos casos, los tribunales penales se integren con ciudadanos comunes, adoptando así una forma de jurado denominado “escabinado”.

Acuerda a los escabinos las mismas obligaciones y derechos que a los jueces técnicos, aunque mantiene a aquéllos en minoría.

El funcionamiento de esta institución facilitó el camino para la implementación, más reciente (2004), de otro modelo de mayor envergadura en donde la proporción es inversa: hay más ciudadanos comunes que jueces técnicos y todos deben fundamentar sus conclusiones sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

*C. La participación de los operadores jurídicos*

El Código de 1991 no fue una obra “oficial”. En la génesis y formulación del anteproyecto (1988), en la redacción del Proyecto del Poder Ejecutivo (1990) y en la sanción del C.P.P. vigente (1991) hubo una participación inédita de los operadores jurídicos. Jueces, fiscales, abogados de la matrícula y docentes universitarios tuvieron amplio acceso prestando su valiosa colaboración, traducida en sugerencias, en observaciones, en consensos y en disensos, todo fruto de convicciones sinceras, que fueron útiles al Poder Ejecutivo que elaboró el Proyecto y a los legisladores que, con sus aportes propios, lo convirtieron finalmente en ley.

Hoy la Academia reconocerá con un diploma a todos los que tuvieron un respaldo institucional en esas tareas: no los menciono individualmente porque sus nombres y roles constan en la Resolución N° 18/2011 de esta corporación que dispone su otorgamiento. Pero hubo muchos otros que sólo por buena voluntad, hicieron conocer sus opiniones y propuestas, generaron intercambios -muchas veces fuertes- de ideas, siempre apostando a su perfeccionamiento. También se hicieron conocer oposiciones totales, pero siempre fundadas de buena fe.

No faltaron, por cierto, algunos que con una constancia digna de mejores empeños y bajo argumentos pseudo científicos, sembraron suspicacias sobre ocultas y subalternas intenciones políticas del nuevo Código. Sin embargo, la fuerza de acontecimientos históricos posteriores, demostró su sinrazón.

## II. El futuro

Sólo puedo decir, en síntesis, que más allá de sus fortalezas y debilidades -propias de toda obra humana (a la que le “pusimos el cuerpo” en los ámbitos que nos tocó hacerlo) y que serán motivo de debate en esta conmemoración-, casi no se escuchan ya voces que propicien volver atrás. Muchas, en cambio, expresan propuestas de reformas al Código vigente que pretenden salvar sus deficiencias *profundizando* su impronta innovadora (y yo formularía, en una elección a vuelo de pájaro, tres: 1) Que volviendo a la fuente -el Proyecto del P.E.- los fiscales sólo pidan fundamento al juez de control la prisión preventiva; 2) Que así como el plazo para recurrir la sentencia definitiva se cuenta a partir del conocimiento por las parte de sus fundamentos, lo mismo ocurra con cualquier otra resolución recurrible -plazo que hoy se cuenta desde la notificación de la parte resolutive-, para lo que debería utilizarse, con los resguardos del caso, sencillos instrumentos informáticos como el correo electrónico, y que, 3) Que todos los plazos acordados a las partes se computen en días hábiles -el hacerlo en días corridos, no ha contribuido con la celeridad que se invocaba para justificarlo y en muchos caso, especialmente en los más complejos, coarta efectivamente el derecho de defensa-).

## III. Conclusión

A modo de balance podríamos decir que veinte años de vigencia del C.P.P. de 1991 nos permiten aventurar que lo que nació como una obra legislativa, se ha convertido hoy en un *producto cultural de Córdoba*, privilegio del que gozan pocas de nuestras leyes.

\*\*\*

*Discurso del Sr. Prof. Luis M. Zarazaga*

EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1939 COMO FUENTE DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE DESDE 1991

Este trabajo tiene por objeto el estudio del Código de Procedimiento Penal de 1939 de la Provincia de Córdoba, que implementó la oralidad en el enjuiciamiento penal y un sistema mixto entre el inquisitivo y acusatorio, y que fue el arquetipo de código que se encuentra ya afianzado en nuestros días en el proceso penal argentino, *siendo fuente directa del Código Procesal Penal de 1991, cuyos veinte años de vigencia se conmemoran en esta sesión*

### **Oralidad y sistema mixto: inquisitivo-acusatorio. Características y evolución**

La tradición jurídica española, imbuida del sistema procesal canónico, estructuró todo el procedimiento, tanto penal como civil, en forma escrita e inquisitiva.

El objetivo de que se hiciera de esa manera, obedeció a la voluntad del legislador de, por un lado dar seguridad a las partes, y por el otro cumplir con el verdadero objetivo del proceso penal de lograr la búsqueda de la verdad real, para lo cual era necesario dotar al juez de amplios poderes en desmedro de los derechos del acusado.

Berman, refiriéndose a esto manifiesta que: *“... los canonistas tomaron mucho de los antiguos textos romanos y de la costumbre germánica de su época. Sin embargo, dieron un nuevo giro a ambos, y el conjunto resultante fue muy diferente de uno y de otro. Esto puede verse con mayor claridad en el procedimiento de los tribunales eclesiásticos. 1) En contraste con el antiguo sistema romano y con el sistema germánico de procedimientos, el método canónico era escrito... 2) Que el testimonio fuese escrito”*<sup>1</sup>.

También sostiene este autor que: *“... el énfasis en la investigación judicial quedó asociado no sólo a un procedimiento más racional para obtener pruebas, sino también al desarrollo de los conceptos de verdad probable y los principios de pertinencia y de importancia.*

---

<sup>1</sup> Harold J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, pág. 263.

*Se crearon reglas elaboradas para impedir la presentación de pruebas superfluas (cosas ya comprobadas), pruebas no pertinentes (cosas que no afectan al caso), pruebas oscuras e inciertas (cosas de las que no podía hacerse una clara inferencia), testimonios exclusivamente general (cosas de las que sólo surge oscuridad) y pruebas contrarias a la naturaleza (cosas que es imposible creer)...”<sup>2</sup>.*

Las características de este sistema inquisitivo, son las siguientes:

1. La jurisdicción es ejercida por magistrados que representan al rey, lo cual siempre lleva implícito el sistema de varias instancias a través de las cuales se devuelve el poder delegado al rey.
2. La acción puede ser mediante la denuncia secreta o de oficio por el fiscal o juez.
3. El juez tiene un poder absoluto en la impulsión del proceso y en la investigación de la verdad real.
4. El acusado carece total o parcialmente del derecho de defensa.
5. La prisión preventiva y la incomunicación son la regla para el imputado.
6. El procedimiento es escrito y secreto.
7. Las pruebas se rigen por el sistema de prueba legal.

Esta concepción del procedimiento escrito e inquisitivo fue la que primó en el derecho español y supervivió en nuestro derecho.

Si bien la Ilustración proclamó el principio de la inocencia, de la ley penal previa, de la ley penal más benigna, que las cárceles eran para seguridad y no para castigo del reo, que las resoluciones que priven de la libertad a una persona deben tener la debida fundamentación, ver al acusado no como objeto sino como sujeto de prueba y el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, esto no se reflejó inmediatamente en el derecho argentino.

En el derecho patrio y nacional se reflejaron estos principios en los ordenamientos de orden sustancial, como ser el *decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811*, que establecía:

---

<sup>2</sup> Ob. cit., pág. 264.

1. En el *prólogo* establece el derecho de todo ciudadano a la vida, honor, libertad y propiedades, denominando al cúmulo de estos derechos: seguridad individual.
2. En el *articulado* establece las normas tendientes a proteger estos derechos, así:
  - a) “Ningún ciudadano puede ser penado, ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal”.
  - b) “Nadie puede ser arrestado sin prueba al menos semiplena o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en proceso informativo”.
  - c) “Para decretar el arresto de un ciudadano, pesquisa de sus papeles o embargo de sus bienes, se individualizará a la persona y objetos en el decreto que se expida y se levantará inventario que firmará el reo a quien se le dará copia autorizada”.
  - d) “La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen...”.
  - e) “Ningún reo estará incomunicado después de su confesión, y nunca podrá ésta dilatarse por más allá del término de diez días”.
  - f) “Las cárceles serán para seguridad y no para castigo de los reos toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente”.
  - g) “Todo hombre tiene libertad para permanecer y abandonar el territorio del Estado”.
  - h) “Sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, podrá el gobierno suspender este decreto mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos y quedando responsable en todo tiempo de esta medida”.

Esto no se plasmó en la ley procesal: tanto el Reglamento de Administración de Justicia de 1812, como el de 1813, juntamente con el Estatuto Provisional de Mayo de 1815 y el Reglamento Provisorio de 1817, establecían el procedimiento escrito e inquisitivo en concordancia con la tradición española.

La Constitución de 1853, reemplazó los principios garantistas de la Ilustración, en su art.18 establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni

juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado si no en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos... Quedan abolidas para siempre las penas de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

También reservó a las provincias el dictado de los códigos de procedimientos tanto civiles como penales (arts. 5º, 104, 105 y 106). Reservándose la Nación la facultad de dictar las leyes procesales de carácter nacional.

Fue así que, en consecuencia, se dicta en 1863 la ley 50, que establecía el procedimiento penal para los tribunales nacionales, tomando como base el Código de la Provincia de Buenos Aires.

La ley 1114 del 7 de diciembre de 1881, cuando se federaliza Buenos Aires, establece en su art. 312 el procedimiento escrito y dice: “... que los Tribunales de la Capital debían regirse en lo futuro, por las leyes de procedimientos civiles, comerciales y criminales que hasta entonces regían en la Provincia de que aquella se desmembrara...”.

Con fecha 30 de septiembre de 1871, por ley, se designó una Comisión integrada por los Dres. Florentino González y Victorino de la Plaza, para la proyección de la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas ordinarias de jurisdicción federal. Es así que en abril de 1873 se eleva el proyecto que propone el juicio por jurados en los negocios criminales que conoce la justicia nacional, instaurando así un procedimiento oral en materia penal y dentro de la justicia nacional. Lamentablemente, el Congreso no le presta aprobación y fracasa la primera y más feliz tentativa de establecer en nuestro país el sistema acusatorio puro, con intervención de jurados populares, y con ello la oralidad en el proceso.

El 6 de marzo de 1882, se encargó a los Dres. Manuel Obarrio y Emilio R. Coni, la redacción de un Código de Procedimiento Penal que finalmente fue elaborado en su totalidad por Obarrio dada la renuncia del Dr. Coni.

El proyecto obtuvo sanción a libro cerrado en 1888, aplicándose desde el 1º de enero de 1889.

Este código, tal como comenta Niceto Alcalá Zamora y Castilla, fue un ordenamiento procesal que nació viejo y caduco, dado que no receptaba las tendencias del derecho procesal moderno y mantenía el procedimiento escrito.

Esta crítica tiene como base que el Proyecto tuvo como fuente de inspiración, la compilación española de 1879, en la cual se retrotrajeron todos los progresos que había alcanzado el Reino de España en 1872, y que luego volviera a tener vigencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882.

Si bien Obarrio, por la premura, no pudo tener como fuente esta última Ley de Enjuiciamiento de 1882, sí pudo tenerla la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, integrada por los Dres. Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Legizamón que fue nombrada por decreto el 10 de abril de 1883, con el objeto de revisar el proyecto. Expidiéndose recién el 28 de julio de 1884.

El informe de esta comisión fue elevado al Poder Legislativo, quien se expidió el 9 de agosto de 1888, sin tener en cuenta la gran modificación que se había hecho en el Reino de España y los nuevos vientos que pesaban en materia procesal penal en el mundo.

Las críticas que se efectúan a este código son: su carácter excesivamente inquisitivo y:

- 1) Da valor a las pruebas reunidas durante el sumario, que es absolutamente secreto y a raíz del cual el juez puede fallar y condenar al imputado.
- 2) Porque viola la Constitución al existir secreto del sumario sin contralor del acusado, por lo que no hay debido proceso.
- 3) Olvido sobre las disposiciones de la defensa.
- 4) Interrogatorio bajo promesa de coacción que es contrario a los principios constitucionales.
- 5) Hay un divorcio entre las leyes de fondo y de forma.
- 6) Admite el sobreseimiento provisional, dejando una mancha perenne e innecesaria sobre el imputado.

Cabe destacar que el Código de Obarrio fue sancionado en base al Código español que rigió hasta 1882, olvidando que en esa fecha, cinco años antes de la sanción, España ya reemplazaba su Código por atrasado.

En 1913, el Poder Ejecutivo Nacional designa una comisión integrada por los Dres. Agote, Montes de Oca y Méndez a los fines de redactar un Proyecto de Código de Procedimiento Penal, siendo elaborado éste adoptando una forma restringida de oralidad.

Con posterioridad, en el escenario nacional se sanciona el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, que como bien sostiene su autor, Tomás Jofré, “... *rompe con los viejos moldes de un derecho retrógrado, inquisitivo y contrario a las constituciones políticas del país...*”.

En él se establece un procedimiento oral voluntario, en donde el acusado puede optar por él mismo, manifestando si quiere ser juzgado en forma oral en juicio de una sola instancia, o bien si prefiere que se continúe con el procedimiento escrito.

Este Código significó un progreso respecto del Código de Obarrio, y Jofré, su autor, promovió -dentro de la doctrina de esa época- la oralidad y un procedimiento penal más benigno de acuerdo con lo consagrado en nuestra Constitución Nacional.

Así, el mencionado autor dice, criticando al fuero de la época: “... *los defensores no eligen el sistema oral, sencillamente porque no les conviene el régimen de la libre convicción. Pero, desde luego, lo importante es advertir que esta solución, de tipo individualista, está en pugna con la naturaleza pública del derecho procesal penal, de suerte que ni siquiera pueda ser admitida por vía de ensayo, porque no se puede ensayar a costa de conculcar las bases del Magisterio Punitivo* <sup>3</sup>.

El mismo Tomás Jofré insistió en su *Manual de Procedimientos Civiles* -t. I, pág. 44- en la adopción por parte del Estado de la oralidad; Rodolfo Rivarola, en su libro *La justicia criminal* también adhirió a la oralidad; David Lascano, en su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*; Manuel B. Gonnet, en la Revista del Colegio de Abogados -t. I, pág. 4, 1928- y Eduardo A. García, en su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, adoptaron la oralidad y la instancia única como características principales del proceso penal.

---

<sup>3</sup>Tomás JOFRÉ, “Hacia un nuevo sistema de enjuiciamiento penal”, publicado en Boletín de Jurisprudencia de Comercio y Tribunales N° 8 del 1933.

En la Primera Conferencia Nacional de Buenos Aires reunida en 1924, se resolvió recomendar las siguientes bases para la reforma de las leyes procesales:

1. Modificación de todas las leyes de procedimiento existentes en el país.
2. Adopción de la oralidad.
3. Hacer perentorios todos los términos.
4. La notificación por correo telégrafo y a la oficina, excepcionalmente era personal.
5. Limitar los recursos, dándoles efecto devolutivo.
6. Establecer la perención de instancia de pleno derecho y a breve plazo.
7. Simplificar la manera de acordar y redactar las sentencias en los tribunales colegiados <sup>4</sup>. Coincidente con esto, la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados reunidos en Tucumán en 1936, estableció que “... *es deseable, para la mayor eficacia de esa nueva jurisdicción reorganizar la justicia en todo el país sobre la base de tribunales colegiados de única instancia y orales...*” <sup>5</sup>.

Esto hizo que soplaran nuevos vientos dentro del proceso penal argentino y que se planteara la necesidad de dictar nuevos códigos que abandonaran el sistema inquisitivo rígido y adoptaran un sistema mixto basado en la oralidad.

### **El Código de Procedimiento Penal de 1939**

Córdoba, originariamente adoptó lisa y llanamente el proyecto de Obarrio, sin las modificaciones que le hiciera la comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, ni la que hiciera el Congreso Nacional; sin embargo, en Córdoba se iba forjando una nueva escuela de derecho procesal.

---

<sup>4</sup> Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año 1925, N° 5, pág. 83.

<sup>5</sup> Actas publicadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, pág. 422; J.A. t. 61, pág. 37.

Esta escuela de derecho procesal de Córdoba no era ajena a los vientos de cambio que giraban en torno del procedimiento penal argentino.

Es así, que al Dr. Enrique Martínez Paz -presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba durante 22 años- se le encarga en 1918 la redacción de un Proyecto de Código de Procedimiento Penal.

El mismo lo redacta y en él establece un procedimiento inquisitivo atenuado, con una instrucción escrita ante un juez de Instrucción y un plenario oral ante la Cámara de *única instancia* que se constituía como tribunal de sentencia.

Martínez Paz, al presentar su Proyecto de 1918 decía: *“Nuestro Código proyectado en 1887 es con ligeras variantes, que no me atrevo a llamar correcciones, el mismo que España desalojaba por atrasado en 1882. Se puede decir que en esta rama de legislación, la República Argentina no ha tomado aún el rango que su progreso jurídico y su cultura exigen. Las viejas leyes españolas han regido los cincuenta años primeros de nuestra independencia y hoy vivimos bajo el imperio de otra ley en España”*.

Proyecto que, finalmente, quedó sin sanción en la Legislatura.

Sobre esta base, el Dr. Guillermo Rothe, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, fue el encargado de revisar el Proyecto del Dr. Martínez Paz en 1924, y elaborar sobre la base de éste, un nuevo proyecto.

El encargo quedó efectuado de manera similar al elaborado por el Dr. Martínez Paz, estableciendo un sistema mixto, de instrucción escrita y oralidad en las cámaras, estableciendo la desaparición del querellante privado -introducido en el Código de Martínez Paz- y estableciendo un nuevo tipo de impugnación extraordinaria como lo es el recurso de casación.

Tanto los antecedentes del Código de 1918 de Martínez Paz, como el de Guillermo Rothe de 1924, tienen sus antecedentes en el Código italiano de 1914.

Con posterioridad, en 1928, se designa una comisión encargada de redactar un nuevo Código, integrada por los Dres. Tomás Miguel Argañarás, Luis J. Escalier, Enrique Otero Caballero y Pedro León, siendo designado secretario *ad honorem* el Dr. Alfredo Vélez Mariconde.

Los Dres. Escalier y Otero Caballero fueron los encargados de redactar el Proyecto juntamente con el secretario Dr. Vélez Mariconde, y

en su exposición de motivos manifestaron las razones de la adopción de la oralidad para el procedimiento en la Cámara.

Así manifestaron, citando a Zanzucchi <sup>6</sup>, que: “... *la oralidad impone una estrecha vinculación entre el Tribunal y el material procesal y aunque esa vinculación puede existir en un tipo procesal escrito, sin oralidad no se puede obtener inmediación en la forma que lo exige el interés de la investigación de la verdad; no se trata de un problema de escudriñamiento de los gestos, ni de un problema de memoria sino de un problema del que está implicada la esencia misma de la función jurisdiccional...*”.

Luego, prosigue la Comisión diciendo: “... *la oralidad preconiza la identidad de las personas que forman el Tribunal durante el proceso, lo cual aleja la posibilidad de las delegaciones de poder...*” <sup>7</sup>.

Por último, sostiene la Comisión citando a Millar, que: “... *la oralidad impone la concentración de los actos procesales en una audiencia; o en el menor número de audiencias: proceso con unidad de vista, en y durante el cual se aducen todas las cuestiones litigiosas y el Tribunal emite su decisión final a lo que se suma la menor onerosidad, la sencillez de las formas procesales y su mayor rapidez...*” <sup>8</sup>. Esta comisión con esta exposición de motivos, establece la base y la estructura de lo que sería el Código de Procedimiento Penal. Pero su labor queda trunca por la Revolución que depone a Yrigoyen en 1930.

## **El Código en sí**

El 19 de enero de 1937, por decreto 37072, el Poder Ejecutivo de la Provincia, encarga la redacción de un Proyecto de Código de Procedimiento en lo Criminal a una comisión compuesta por los Dres. Ernesto S. Peña, Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. El proyecto queda a cargo de estos dos últimos, por renuncia del primero.

---

<sup>6</sup> *Diritto processuale civile*, t. I, pág. 75

<sup>7</sup> Cita de CALAMANDREI, “Oralidad nel processo”, *Nuovo Digesto Italiano*, t. IX, pág. 179.

<sup>8</sup> MILLAR, *Los principios formativos y la unidad de vista*, pág. 95.

Los que serían los autores del Código, eran dos juristas de trayectoria en ese momento.

Soler, de nacionalidad española, era profesor titular de la Cátedra de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Y juntamente con Ricardo Núñez, también profesor de la misma materia en la misma casa de estudios, conformaban la Escuela de Derecho Penal de Córdoba.

Con posterioridad a la redacción del código, Sebastián Soler, escribió su *Tratado de Derecho Penal*, que constituyó una de las obras con mayor trascendencia en el ámbito penal.

También fue procurador general de la Nación en 1955, y trascendió en este cargo por el famoso dictamen en el caso “Jorge Antonio” que fue la base de la nueva causal de recurso extraordinario por gravedad institucional.

Por su parte, Vélez Mariconde, era titular de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Su trayectoria se iba a continuar como vocal de Cámara del Crimen, miembro del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y autor de un *Tratado de Derecho Procesal Penal* y de varios códigos procesales que seguirían los principios sentados en el Código motivo de este estudio.

Ambos autores, redactaron las bases del Proyecto que sería sancionado, estableciéndolas de la siguiente manera:

1. La jurisdicción es ejercida por tribunales técnicos en lo criminal, actuando un juez de Instrucción y Cámara de tres miembros en única instancia.
2. Presupone la existencia de una Policía Judicial dependiente del Poder Judicial, bajo la directa jefatura del Ministerio Fiscal.
3. La acción penal es ejercida por el Ministerio Fiscal, derogándose en consecuencia la institución del acusador particular.
4. La acción civil *ex delicto*, puede ser ejercida ante la jurisdicción penal por su titular o en ciertos casos por el Ministerio Fiscal.
5. Se consiente la citación voluntaria del civilmente responsable del daño causado por el delito.
6. Se establecen normas generales relativas al imputado y derecho de defensa; la indagatoria es reglamentada como un medio de defensa.

7. Se disciplinan en general los actos procesales y la nulidad.
8. Se establecen dos tipos de procedimiento instructorio, el que es practicado por el juez de Instrucción, llamándose instrucción formal o judicial que se da para delitos graves, y la practicada por el Ministerio Fiscal, llamada instrucción previa a la citación directa, para delitos menores.
9. Terminada la instrucción se eleva la causa a juicio que permite la defensa en juicio.
10. El juicio oral y público, contradictorio y continuo, sustanciándolo en una sola instancia.
11. Las pruebas son valoradas por la sana crítica racional, desapareciendo el sistema de la prueba legal.
12. Se establecen contra las sentencias definitivas, los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión.

El Proyecto con estas bases, se remite el 27 de noviembre de 1937 al Poder Ejecutivo, quien a su vez el 15 de diciembre del mismo año lo eleva a una Comisión Interparlamentaria en la que intervienen los autores, Dres. Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, a los fines de esclarecer a los legisladores sobre cualquier dificultad que hubiera en su redacción.

### **Tratamiento legislativo del Código**

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución de 1923 en su art. 83 inc. 29 que establecía “... *dictar el Código de Procedimiento Penal para los Tribunales de Provincia...*”, se eleva a la Legislatura Provincial el Proyecto de Código, para cuyo tratamiento se designó la ya mencionada Comisión Interparlamentaria Bicameral compuesta por diputados y senadores.

Esta Comisión analizó el proyecto en reuniones que se llevaron a cabo desde el 30 de mayo hasta el 20 de junio de 1939.

En la misma se corrige al proyecto lo siguiente:

1. El proyecto establecía jueces en lo Correccional para el juzgamiento de las faltas y contravenciones leves, pero la legislatura resolvió que no se aplicaran las disposiciones hasta que no se sancionara el Código de Faltas.

2. También es sujeto a modificación lo dispuesto para la Policía Judicial, en cuanto ésta no es creada, subsistiendo la intervención de la policía administrativa.

Con estas escasas reformas, el Proyecto es llevado a tratamiento legislativo, interviniendo en el plenario de la Cámara de Diputados los Dres. Martínez y Torres Peña.

Ambos llevaron a cabo extensos informes, destacando lo siguiente:

En primer lugar, los méritos de la oralidad como sistema procesal, resaltando el sistema mixto que adopta el Código de Procedimientos, ya que prevé una instrucción escrita y un juzgamiento oral.

En segundo lugar, que se deja de lado el sistema español, en el cual el imputado era considerado culpable de antemano y sometido a una serie de vejámenes contrarios al art. 18 de la Constitución Nacional, tal como el secreto de sumario, la prisión preventiva *sine die*, la indagatoria como medio de prueba, etc.

Por estas razones, ambos diputados solicitaron la aprobación del Código a libro cerrado, tal como lo había elevado la Comisión Interparlamentaria.

El Proyecto una vez aprobado por la Cámara de Diputados, es elevado a los fines de su revisión a la Cámara de Senadores, donde en el plenario son miembros informantes los senadores Álvarez Igarzabal y Palmero.

Ellos manifiestan en su informe lo siguiente:

1. Es indudable que en la instancia única no implica violación al principio constitucional que asegura la libertad de la defensa en juicio, aunque quede cancelada una segunda instancia en cuanto a los hechos, puesto que no excluye la posibilidad de que se efectúen los más amplios debates y de que se refuten los argumentos contrarios.

Sostienen los informantes que las ventajas de un doble examen son reemplazadas por las bondades de la oralidad y el recurso de casación.

2. Agregan los miembros informantes que la composición numérica del Tribunal de Sentencia (3 miembros), garantiza el control entre sí, del funcionamiento del proceso y de los errores que pueda cometer uno respecto del otro, y citan a la reforma procesal de Alcalá Zamora, diciendo: “... una injustificada propensión a soldar principios e instituciones distintos como si fuesen hermanos siameses, y que la supresión de la

*doble instancia no es una consecuencia lógica de la oralidad: 'no tan lógica ni tan consecuencia -replica- puesto que en un proceso tan típicamente oral como el austríaco se admite; puesto que un procesalista de la talla de Chiovenda lo propugna'...*" .

De esta manera, ambos legisladores solicitan la aprobación del Proyecto de Código presentado.

De esta manera, el 22 de agosto de 1939, con muy pocas modificaciones queda sancionado el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, por ley 3831, siendo promulgado por decreto 42805, de fecha 28 de agosto del mismo año y empezando a regir a los seis meses de su promulgación (art. 584), es decir, el 28 de febrero de 1940.

### **Las fuentes del Código de 1939**

En esta instancia, haré mención por orden de extensión a las fuentes inmediatas utilizadas para la codificación.

1. La fuente primigenia fue la *Constitución Nacional*, que como bien lo destaca el Dr. Clariá Olmedo, establecía en su art. 18 el principio de la acusación, manifestando que ésta debía ser clara, describiendo con precisión la conducta imputada; también establecía el derecho de defensa, que se manifestaba con el derecho a ser oído, a elegir defensor, a establecer la obligatoriedad de designar un defensor letrado, el derecho a no declarar sin que ello importe prueba en contrario, el derecho a ofrecer prueba regularmente dentro del proceso, el derecho a la sentencia fundada, el principio del juez natural, etc.

2. La segunda fuente de inspiración la constituyó el *Proyecto de Código de Procedimiento Penal de la Nación*, presentado por el Dr. Mario Antelo al Congreso Nacional, que se encuentra citado como fuente por los autores, en 262 artículos, es decir, casi la mitad del Código.

3. El *Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por el Dr. Martínez Paz* al Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba, que influye en más de 80 artículos del Código.

4. El *Código Italiano de 1930*, que si bien tenía rasgos dictatoriales, éstos fueron dejados de lado por los autores, teniendo presente la fuente de este código que era el derogado del mismo país de 1913 y que tenía como fuente la legislación alemana.

5. Por supuesto que una de las fuentes más presentes fue la *Ley de Enjuiciamiento para el Reino de España de 1882*, que influyó directamente y a través de los proyectos de los Dres. Antelo y Martínez Paz.

6. Otras fuentes menores, a las que podemos citar son:

a. *Las de origen europeo*: como la *Ordenanza de Procedimientos Penales del Reich de 1877*, el *Código de Instrucción Francés de 1808* y puesto en vigencia en 1811, el *Código de Procedimiento Penal de Noruega de 1887* (uno de los más ponderados del siglo XIX) y el *Código de Procedimiento Penal de Suiza de 1887*.

En ciertos aspectos también podemos citar al *Código de Polonia* y la *Ley Italiana de Menores*, ambos de 1934, que influyeron en forma aislada en la redacción del Código.

b. *Las de origen nacional y americano*: el *Proyecto de los Dres. Gómez - Moreno para la Provincia de Buenos Aires* presentado al Poder Ejecutivo en 1935, y el *Código de Perú de 1920* que introdujo el sistema mixto y el proceso oral y de única instancia.

7. Como fuentes accidentales para disposiciones aisladas podemos citar a: *El Proyecto del Dr. Sánchez Viamonte*, el *Proyecto Rothe* mencionado anteriormente y el *Código de Brasil*.

8. En la Doctrina podemos hablar de la influencia que produjo:

- En el orden internacional, la *obra de Garçonnet de 1898*, *Garraud de 1907* y la *obra italiana de Lessona de 1906*.

- En el orden nacional, el *Manual de Procedimiento Civil y Penal de Jofré de 1919* y el *Curso de Procedimientos Penales de 1931 obra de Máximo Castro*.

## **La estructura del Código de 1939**

El Código de Procedimiento Penal de 1939, significa la recepción de un sistema mixto entre el inquisitivo y acusatorio y, por sobre todo, la introducción, en la República Argentina, de un código en el cual el imputado tuviera las garantías que expresamente le consagrara la Constitución Nacional.

Este Código introduce la instrucción meramente preparatoria y limitadamente pública y el juicio oral, en forma amplia y de única instancia.

La estructura que encontramos en él, es la siguiente:

En primer lugar, el Código abandona la idea, que era ponderada por los Dres. Jofré, Carabajal y Palacios, del jurado popular y adopta el sistema del juez técnico. Sosteniendo, el Dr. Vélez Mariconde, “... *que la participación directa del pueblo en las funciones legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales vulnera el principio representativo que está en la base de nuestra organización, puesto que el pueblo gobierna, ciertamente, pero por medio de sus representantes. El jurado popular, lejos de ser una exigencia de nuestro sistema de gobierno, contraría el principio republicano - representativo que condiciona al de soberanía nacional*”<sup>9</sup>. Por ende, los autores, sostienen que el juez debe ser un juez técnico y no un jurado popular, el que decida en materia penal.

Luego, referido al juez técnico, los autores se muestran partidarios del tribunal colegiado, ya que esto garantiza el control entre ellos mismos y la imparcialidad con la que deben fallar en sus resoluciones.

Finalmente, consideran que la única instancia, lejos de ser una solución arbitraria, debe ser aplicada en este código, ya que el juez de Instrucción revisa todas las pruebas, mientras que la Cámara, en el debate oral con el principio de inmediatez e intermediación, hace un doble juicio lógico sobre los hechos producidos como prueba, tanto en la instrucción como en la Cámara.

En segundo lugar, el ejercicio de la acción penal es ejercida por el Ministerio Público (fiscal del Tribunal Superior, fiscales de Cámara y agentes fiscales) que forma parte del Poder Judicial con las mismas garantías constitucionales que los jueces.

Asimismo prohíbe al querellante privado, ya que la actividad de promoción de la acción penal, únicamente puede ser ejercida por el Ministerio Público (art. 5°).

En tercer lugar, permite al actor civil instar la acción en el proceso penal para perseguir la reparación del daño causado por el delito y exigir la indemnización del daño material o del daño moral (arts. 14 y 74).

En cuarto lugar, la coerción penal del imputado se da cuando tiende a hacer posible y a asegurar el ejercicio regular de la función judicial, es

---

<sup>9</sup> Alfredo VÉLEZ MARICONDE, *Tratado de derecho procesal penal*, Lerner, 1969, t. I, pág. 222.

decir, que sólo se da cuando exista un peligro grave y concreto de que el imputado -al estar en libertad- impedirá la actuación de la ley.

En quinto lugar, el Código abandona definitivamente el sistema de la prueba legal con cita de Florián que dice que “... *debió afirmarse como una exigencia del proceso inquisitorio; allí, dando al juez todo poder de iniciativa, de indagación, de decisión, y destituido el imputado de su peculiar defensa, el legislador intervino para limitar los poderes del primero en el momento culminante, cuando debía proceder -deduciendo el total a base de los resultados de su propia obra a absolver o condenar...*” <sup>10</sup>.

El Código se inclina por el sistema de la sana crítica racional, que es aquél en el que la norma no impone como se acreditan los hechos delictuosos sino que deja al juzgador, en libertad para apreciarla de acuerdo con la regla de la lógica, o sea del principio de no contradicción, de la razón suficiente, de la identidad, del tercero excluido y de la experiencia común.

En sexto lugar, establece una instrucción preparatoria, en la cual el juez puede decretar el secreto de los actos instructorios durante un breve término, cuando advierta la necesidad, por este medio, de establecer el éxito de la investigación.

La incomunicación del reo debe ser limitada temporalmente para que no se tome como un medio de tortura.

La instrucción formal tiene el carácter de jurisdiccional y le da a la actuación policial un carácter preventivo y auxiliar.

La prisión provisional debe ser la excepción y debe darse cuando sea indispensable para que se cumplan los fines del proceso.

La presencia del defensor del imputado en los actos instructivos, debe ser la regla y, excepcionalmente, el juez puede decretar el secreto, como lo he mencionado precedentemente.

En séptimo lugar, en relación con la audiencia de vista de causa plenaria o definitiva, podemos decir que se implementa el sistema de unidad de vista en donde se concentran todas las pruebas y se procede al dictado de la sentencia definitiva, previo los alegatos del fiscal que tiene a su cargo la parte acusatoria y del defensor del imputado.

---

<sup>10</sup> VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, pág. 357.

En octavo lugar, se fijan los medios de impugnación ordinarios tales como la reposición y apelación contra las resoluciones dictadas por el juez de instrucción, o el primero de los recursos durante la audiencia de vista de la causa.

También encontramos los medios de impugnación extraordinarios que son: el recurso de casación, que se da por vicios que suceden dentro del procedimiento, errores en el proceder del tribunal o errores en la interpretación de la ley; el recurso de revisión, que se da por vicios externos al procedimiento como ser el esclarecimiento posterior en otro juicio de la inocencia del imputado, cohecho o prevaricato del tribunal, el descubrimiento de la falsedad de una prueba que fue decisiva para una condena, etc.; y el recurso de inconstitucionalidad por el cual se revisa la constitucionalidad de las leyes aplicables.

Esta fue la estructura innovadora de este Código, que tuvo una trascendencia en el orden nacional -como veremos- muy importante, ya que todos los códigos que se dictaron con posterioridad adoptaron este sistema.

## **La trascendencia del Código**

El Código de Procedimiento de Córdoba, fue adoptado por numerosas provincias entre ellas:

- Por Santiago del Estero, en el Proyecto redactado en 1941 por los Dres. Arnedo, Dardo Herrera y Cristensen, que entró a regir en 1941. En donde se siguió fielmente el Código sancionado en Córdoba.
- Por San Luis, en el Código sancionado en 1947, que también sigue el Código sancionado en Córdoba, con algunas modificaciones.
- Por La Rioja, en el Código sancionado en 1950 y redactado por los Dres. Manuel Fernández Valdés, Luis M. de Glymes y Héctor Vera Vallejo.
- Por Jujuy, en el Código sancionado en 1950 y redactado por Pedro Benítez.
- Por Mendoza, en el Código sancionado en 1950 y puesto en vigencia en 1953, elaborado por uno de los autores de Córdoba,

Alfredo Vélez Mariconde con las reformas que le aconsejaban los más de diez años de experiencia.

- Por Catamarca, en el Código sancionado en 1959 y redactado por los Dres. Horacio Gómez Molina y José María Ibarra.
- Por Salta, en el Código sancionado en 1961, redactado por los Dres. Reynaldo Flores, Francisco Benedicto, Carlos F. Douthat, José Armando Catalano y Ramón Alberto Catalano.
- Por San Juan, en el Código sancionado en 1961, redactado por el Dr. Alfredo Vélez Mariconde.
- Por La Pampa, en el Código sancionado en 1964 y redactado por el Dr. Ricardo Levene (h).

Este Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, tuvo gran trascendencia también en el orden nacional.

Así, los Dres. José Peco y Carlos Pizarro Crespo presentaron al Congreso Nacional el proyecto de Código Procesal Penal para la Capital Federal, redactado por los Dres. Soler y Vélez Mariconde para la provincia de Córdoba, con ciertas modificaciones que constituían simples adaptaciones al lugar para el cual se proyectaba.

El Dr. Alfredo Vélez Mariconde, fue designado en 1958 para redactar el Código Procesal Penal de la Nación por medio del decreto 7189 de fecha 9 de octubre de 1958.

El Código de Procedimiento Penal de Córdoba de Vélez Mariconde y Soler, *estuvo vigente hasta el dictado del Código de Procedimiento Penal (ley 8123) en 1991*, redactado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo, cuyo principal mentor fue el Dr. José I. Cafferata Nores.

Cabe destacar que al momento de derogarse el Código de Procedimiento Penal de 1939, el Poder Legislativo Provincial rindió homenaje al mismo.

Así el senador Caronni dijo: “... *es justo recordar a quienes fueron los artífices y motores de aquel Código de 1940. Fundamentalmente debemos recordar que el mismo fue obra de un gobernador visionario: Amadeo Tomás Sabattini, de juristas de la talla de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler...*, estos hombres conjugaron todos sus esfuerzos para tratar de luchar contra la resistencia que existía en esa época a la instrumentación de un Código Procesal Penal. Por haber vencido esa lucha contra las ideas conservadoras, por haber puesto a nuestra provincia en la vanguardia de un sistema de avan-

*ce con respecto a todas las provincias en cuanto al orden legislativo y jurídico, es justo que en este momento recordemos a todos aquellos hombres y les rindamos el homenaje que se merecen...*" <sup>11</sup>.

La doctrina recibió con beneplácito este Código de 1939. Autores como Clariá Olmedo lo sostienen en su *Tratado* diciendo: "... que estos códigos (refiriéndose al de Córdoba y los que lo tuvieron como modelo mencionados anteriormente) traen el juicio oral, los jueces técnicos, el Tribunal Colegiado, la valoración de la prueba por la libre convicción o la sana crítica racional, sus fallos son recurribles por vía de la casación, pero en ningún caso se abre una doble instancia, entendiéndose por tal la nueva vista al material fáctico por un tribunal de alzada, desaparece el secreto de la instrucción después de la indagatoria, etc. ..." <sup>12</sup>.

Es claro también, el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional en octubre de 1958, cuando se designa a Alfredo Vélez Mariconde para la redacción del Código de Procedimiento Penal para la Nación, cuando dice: "... se trata de un jurista que posee no sólo un enorme cúmulo de ciencia y de experiencia, sino también sus altas dotes de codificador y de luchador en el patriótico empeño de extirpar de una vez por todas de la República Argentina las arcaicas legislaciones penales sustancialmente opuestas a los principios consagrados en la Constitución..."

## Conclusiones

El Código de Procedimiento Penal de Córdoba de 1939, constituyó un hito en la historia del procedimiento penal argentino.

Se incorporó el sistema de la oralidad como medio de desenvolvimiento del proceso penal.

Se abandonó el sistema inquisitivo puro para adoptar el sistema mixto o sea inquisitivo-acusatorio con prevalencia de este último.

---

<sup>11</sup> Diario de Sesiones del 24/4/91.

<sup>12</sup> CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal*, t. I, pág. 203.

Se adecuó el procedimiento a lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Se aseguraron los principios fundamentales establecidos en la letra constitucional, proclamando el principio de la formulación de la acusación en forma clara y precisa, de defensa con todos los atributos que ella implica, de prueba en cuanto impone al magistrado el deber de extremar por su parte la averiguación de los hechos y la prohibición de efectuar confesiones compulsivas en virtud del principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, a ver al acusado como sujeto y no como objeto, a juzgar conforme a la sana crítica racional y la obligación de fundar la sentencia, lo que de no efectuarse llevará a su nulidad.

Este Código constituyó, reitero, un gran aporte al derecho procesal penal argentino ya que, como he mencionado, no sólo la mayoría de las provincias lo adoptaron como modelo, sino que impulsó la instauración de un sistema procesal desconocido hasta el momento, y que a la vanguardia del cambio nos favoreció con las bondades que establecía para el procedimiento penal.

Es la *fuerza directa del Código Procesal Penal de 1991*, cuyos veinte años de vigencia se conmemoran en este acto.

\*\*\*

*Discurso de la Sra. vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dra. Aída Tarditti.*

## A 20 AÑOS, UN RECORRIDO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

### **1. A modo de introducción del contexto**

La ley de reforma 8123 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba se promulgó en 1991, sin embargo su puesta en vigencia integral fue recién posible en 1998.

El lapso de años que transcurrió entre la ley de la reforma y su realidad, se debió a múltiples factores, como la crisis política, institucional y

económica, pero también con otros conectados con la profundidad del cambio a un sistema de enjuiciamiento en funcionamiento.

El punto central de la reforma de Córdoba, tanto desde la perspectiva ideológica como para la implementación, consistió en un cambio profundo en las atribuciones de los órganos judiciales que intervenían durante la investigación penal preparatoria, que se *concentraría* en el Ministerio Público Fiscal mientras los jueces asumirían el control de las garantías constitucionales. Tal cambio de rol, implicaba por sí mismo una *conflictividad* en la puesta en vigencia, toda vez que tanto los fiscales como los jueces de Instrucción asumirían funciones diferentes a las que entonces realizaban, potenciada porque la reforma había sido diseñada *sin transición*, esto es que los procesos pendientes ante los jueces pasarían a los fiscales.

A ello se sumaba que se había instalado que la reforma requería indispensablemente de un significativo presupuesto, especialmente por la creación de nuevas fiscalías, en un Poder Judicial que cuenta con una de las mayores descentralizaciones a través de 23 centros judiciales. La reforma había sido simplificada bajo el *slogan* de que los fiscales además de continuar haciendo lo mismo, esto es la investigación en los procesos por delitos menores, comenzarían a hacer lo que hacían los jueces, es decir la investigación de los demás delitos, por lo cual el *número de fiscalías debía duplicarse*. El influjo de esta *idea del múltiplo*, se advierte con claridad en las leyes de creación de cargos y de presupuesto del Poder Judicial posteriores a 1992.

La suma de los factores apuntados había llevado a la percepción generalizada en 1996, de que la puesta en vigencia de la reforma procesal era *conflictiva e inviable económicamente*.

La inclusión del *escabinado* con dos jurados en los juicios de competencia criminal, para el juzgamiento facultativo de delitos graves, no estaba por entonces en el centro de la escena, pero también requería ser implementado en un país sin cultura de participación ciudadana en el Poder Judicial y que nada menos iniciaría la instalación de los jurados en el país.

## **2. La planificación de la implementación de la reforma en la investigación penal preparatoria**

### *La importancia de una metodología adecuada*

El contexto desfavorable a la implementación de la reforma, motivó la necesidad de que el Poder Judicial la tomara bajo su responsabilidad, a través de una planificación adecuada coordinada por el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía General.

En la experiencia de Córdoba, cuando la cabeza del Poder Judicial asume el objetivo de poner en funcionamiento la reforma dispuesta por los otros dos poderes constitucionales, se disminuye la resistencia interna al cambio. A su vez, tal objetivo trasunta que se asume un rol activo en los procesos de reforma, porque son apreciados como un cambio valioso para mejorar el sistema de la justicia penal.

Una planificación adecuada para implementar una reforma procesal, requiere al menos de dos condiciones básicas.

La primera condición básica es contar con una metodología que posibilite la inclusión de quienes van a ser alcanzados por la reforma, que a su vez incorpore las herramientas que proporcionan los expertos, pues así será posible descubrir cuáles son los nudos críticos centrales que deben abordarse para la implementación y las alternativas posibles de superación de obstáculos. La segunda condición es que si estas alternativas de superación de obstáculos requieren de alguna modificación legal y de refuerzos presupuestarios, los poderes Ejecutivo y Legislativo también son actores insustituibles en la implementación.

En cuanto a la metodología, se contrató a la Fundación Estrategias, ONG con antecedentes en estas actividades en la región, con el objeto de elaborar un proyecto viable para instrumentar el conjunto de transformaciones que implicaba la puesta en vigencia de la ley 8123, que incluyera la interacción entre un conjunto suficientemente representativo del Poder Judicial y los expertos. Es que si la planificación es abordada exclusivamente por expertos, corre el riesgo de ser visualizada por los operadores judiciales como producto de un gabinete. A su vez, el Poder Judicial carecía entonces de recursos humanos con los conocimientos y habilidades de alta calidad para la planificación de una reforma de envergadura.

La interacción entre operadores judiciales y expertos, fue una experiencia muy provechosa. Para los operadores judiciales significó abrir un espacio institucional que los *involucró y comprometió* con la implementación de la reforma, pues implicó que se los reconocía como los protagonistas esenciales del cambio. Para los expertos, significó un espacio de fluidez para obtener y validar la información que se necesitaba: no es lo mismo requerir datos y obtenerlos sin la participación de los operadores judiciales, que hacerlo con su intervención. La actividad conjunta destruye las barreras que naturalmente se edifican cuando los expertos trabajan solos y los operadores ignoran para qué se necesitan los datos y verifican su veracidad.

Por cierto que esta metodología no puede prescindir de la intervención activa de los más altos niveles del Poder Judicial. Si se toma el compromiso de la implementación de una reforma, ello debe reflejarse en las actividades que constituyen lo que se denomina *gerenciamiento*, el cual implica que al menos un miembro de la Corte o Tribunal Superior y el fiscal general, deben tener presencia e intercambio fluido con los grupos de trabajo, supervisar las diversas etapas e instrumentar los actos que sean necesarios.

### *Los obstáculos y los modos de superarlos*

La metodología adoptada posibilitó, en el caso de Córdoba, descubrir cuáles eran los **nudos críticos centrales**, que obstaculizaban la implementación de la reforma y las alternativas de superación, para tomar las decisiones adecuadas.

Recorramos a continuación ese camino.

#### *a. Ausencia de transición*

La reforma había sido diseñada sin transición entre los dos modelos procesales, porque todos los procesos que se tramitaban ante los juzgados de instrucción serían distribuidos por sorteo entre las fiscalías de instrucción.

Esta solución legal implicaba inconvenientes prácticos de envergadura puesto que las fiscalías partirían de un mora inicial resultante del traspaso de los procesos, con disvaliosas consecuencias para la celeri-

dad, que era justamente uno de los objetivos que perseguía la reforma procesal.

Visualizada la *ausencia de transición* como un nudo crítico, la alternativa de superación consistía en diseñar una transición, esto es un *tiempo de coexistencia* de ambos modelos procesales. Ella posibilitaría que la reforma se iniciara en nivel 0, lo cual permitiría una mejor identificación con el nuevo rol de los jueces y fiscales y mayores posibilidades de seguimiento del nuevo sistema. Asimismo, la permanencia temporaria del anterior sistema, facilitaría un mejor contralor de la culminación de los procesos pendientes. Pero obviamente también retendría recursos para atender los procesos pendientes.

Como esta transición implicaba una modificación legislativa, se presentó un anteproyecto que fue enviado por el Poder Ejecutivo y sancionado por el Poder Legislativo (ley 8833).

La reforma entró a regir el 1 de abril de 1998, en ese momento en el Centro Judicial Capital de los 16 Juzgados de Instrucción, la mayor cantidad (10) fueron afectados para concluir las causas pendientes, mientras que 6 juzgados comenzaron a intervenir exclusivamente en la nueva competencia. La mayor concentración de juzgados en las causas pendientes posibilitó la más pronta conclusión dentro de los límites temporales de la transición. A medida que avanzó este tiempo de transición que culminó el 1 de junio de 2001, se fueron reduciendo los juzgados de Instrucción, liberando recursos que posibilitaron una reingeniería de bajo coste presupuestario para la creación de dos cámaras del crimen y de más fiscalías de instrucción.

*b. La información indispensable para cuantificar los recursos humanos que retiene el anterior sistema durante la transición y los que exige el nuevo sistema.*

Otro de los **nudos críticos** de la implementación de la reforma, consistió en la ausencia de información indispensable para cuantificar los recursos humanos suficientes que requeriría el nuevo sistema y los que retendría el anterior durante la transición.

La falta de información conduce a presupuestos de recursos generalmente elevados, que se convierte por su inviabilidad económica, en un factor retardatario de los procesos de cambio. Remontar la cuantificación de recursos que provenía de la idea del múltiplo, que había dificultado la

puesta en vigencia integral, fue posible porque se pudo contar con información adecuada que condujo, en lugar del doble, sólo a la creación de ocho fiscalías de instrucción, mientras que el personal superior e inferior se completó principalmente en todas las fiscalías con los traslados de personal existente.

Los datos que posibilitaron contar con una información confiable y suficiente, para distribuir los recursos humanos durante la transición y presupuestar los necesarios para el comienzo del nuevo sistema, fueron los inventarios de causas, la tipificación de tareas y el censo cualitativo del personal.

#### *Inventarios de causas*

Se carecía de datos acerca de la cantidad de procesos radicados en cada Juzgado de Instrucción, como así también sobre su estado, datos que son imprescindibles para conocer cuántos jueces retendría la transición en su competencia anterior, cuántos podrían ser especializados en su nueva competencia y son de suma utilidad para el seguimiento de la transición.

La idea de que tales datos pudieran obtenerse a través de *inventarios* de causas, partió de los equipos de trabajo compuestos por operadores judiciales y expertos. Cada juzgado confeccionó un listado de todas las causas existentes, efectuando la distinción entre *causas activas* y *causas latentes*. Las primeras se correspondían con los procesos que tenían asignada carga de trabajo efectiva; las segundas con aquéllos que se encontraban prescriptos sin que se hubiese dictado el pronunciamiento judicial de sobreseimiento o bien, próximos a prescribir.

Esta actividad fue muy positiva porque también los tribunales pudieron organizarse mejor, ordenando los archivos, dictar los sobreseimientos por prescripción y priorizar la culminación de las causas activas al conocer con precisión cuántas y cuáles eran.

#### *Tipificación de tareas*

La diversidad de tareas que se realizaba en un Juzgado de Instrucción, especialmente la distinción de quienes la realizaban, es decir si el juez, los funcionarios o los empleados, configuró una información clave para cuantificar los recursos humanos requeridos por el nuevo sistema.

Ello así por las posibilidades de *traspolación* de muchas de esas tareas hacia las fiscalías de instrucción.

La identificación de los *tipos de tareas*, se efectuó a través de un formulario diseñado por los expertos con los datos suministrados por los operadores judiciales, quienes indicaron cuáles eran traspolables tanto al rol de las fiscalías de instrucción del nuevo sistema como al nuevo rol del juez.

Resultó altamente eficaz para diseñar las *plantas de personal superior e inferior* de cada Fiscalía de Instrucción y Juzgado de Control. A su vez, la identificación de tareas puramente administrativas realizada en cada Juzgado y Fiscalía, permitió también el cálculo de los recursos humanos requeridos para el funcionamiento de una Mesa General de Entradas del Fuero Penal del Centro Judicial de Capital.

#### *Censo cualitativo del personal inferior*

A través de un formulario que respondieron cada Juzgado y Fiscalía de Instrucción, consistente en individualizar el personal dentro de cada oficina que realizaba diferentes tareas, se contó con información útil para producir traspasos del personal inferior, desde los juzgados hacia las fiscalías, a fin de una composición equilibrada de las plantas.

Dicho formulario posibilitó conocer qué personal realizaba exclusivamente tareas propias de la Mesa de Entradas; cuál estaba afectado a la colaboración en las causas (simples, medias y complejas); quienes colaboraban incluso con la elaboración de proyectos, etc., facilitando un traspaso adecuado del personal desde los juzgados hacia las fiscalías de instrucción. Esta reingeniería implicó una notable disminución en los costes presupuestarios para la implementación.

### **3. Jurados**

La reforma fijó los requisitos para ser jurado, en qué casos podían ser convocados por las partes en el juicio y que debían ser sorteados públicamente entre los ciudadanos electores por cada Circunscripción Judicial, derivando hacia la reglamentación del Tribunal Superior de Justicia la implementación de tan importante innovación en cumplimiento de la reforma constitucional de 1987 (art. 162 Const. Pcial.).

La primera reglamentación <sup>13</sup> estableció el sorteo a través de un sistema informático diseñado por la Dirección de Informática del Poder Judicial, que consideró los límites mínimo y máximo de edad y la división territorial exigida, aplicación que se utilizó en la audiencia pública en la que actuó como veedor el Colegio Profesional de Ciencias Informáticas. A los ciudadanos sorteados se les remitió por vía postal y con franqueo de devolución pago, al domicilio indicado en el padrón electoral, una nota explicativa del sorteo realizado, con una breve reseña del significado de las tareas del Jurado y del cometido que les asigna la ley, que contenía un formulario con los requisitos para ser jurado con valor de declaración jurada. Se estableció un arancel por día de actuación equivalente al que percibe un juez.

En una segunda reglamentación se aprobó la *Información para Jurados* <sup>14</sup>, que es similar a la que se imparte en otros países que tienen un sistema semejante, cuyo objetivo es proporcionar los conocimientos básicos e indispensables para que pueda desempeñar su función.

Ante la convocatoria, un alto porcentaje de jurados (69%) se sintieron positivamente valorados al asignársele “la delicada responsabilidad de colaborar en la administración de justicia” <sup>15</sup> y mejoró en la mayoría (67%) su percepción acerca de la justicia penal <sup>16</sup>.

Se inició luminosamente una modalidad de participación ciudadana, que se profundizó muchos años después a través de la incorporación obligatoria de una mayoría de jurados para el juzgamiento de los más graves delitos (ley 9182). De modo similar que aquellos primeros jurados, también una abrumadora mayoría (97%) considera que la experiencia en general fue muy positiva y que mejoró su opinión acerca de la justicia penal (66%) <sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> T.S.J., Acuerdo Reglamentario N° 412, Serie A, 17/3/98.

<sup>14</sup> T.S.J., Acuerdo N° 232, Serie A, 23-6-98.

<sup>15</sup> Ponderación que emerge de la investigación en base a encuestas realizada por Carlos FERRER y Celia GRUNDY, *El enjuiciamiento penal con jurados en la provincia de Córdoba*, Córdoba, Mediterránea, 2003, pág. 53.

<sup>16</sup> FERRER-GRUNDY, ob. cit., pág. 60.

<sup>17</sup> V. la muy interesante investigación de Laura CROACIA, en “Jurados populares”, Capítulo III, en la publicación *Gestión del sistema de administración de justicia y su impacto social*, Colección Investigaciones y Ensayos, 3, Córdoba, Poder Judicial de Córdoba, 2003.

## **HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DE LA CARTA ORGÁNICA MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA \***

*Discurso del Dr. Juan Carlos Palmero en la apertura del acto conmemorativo del vigésimo aniversario de la sanción de la ley 8102 que sancionara la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Córdoba.*

1. Como es de rigor, corresponde pronunciar estas palabras de apertura de la sesión pública dispuesta por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en conmemoración del vigésimo aniversario de la sanción de la Ley Orgánica Municipal N° 8102 y que fuera promulgada el 21 de noviembre de 1991; estatuto legal que por su trascendencia y significación, vino a completar y concluir un proceso de modernización del derecho público que comenzara fundamentalmente, en 1987 con el dictado de una nueva Constitución Provincial que puede jactarse de haber introducido los más avanzados institutos respecto de la organización y distribución del poder, como así igualmente, en lo que hace a los derechos y facultades de los ciudadanos frente al Estado.

De alguna manera, entonces, al solemne acto que hoy nos congrega no puede asignársele otro significado que no sea la emisión de un sentido mensaje dirigido a la sociedad acerca de la satisfacción y el orgullo que nos invade como provincia, de disponer y ostentar frente a los demás estados, de una normativa política moderna, científicamente correcta y filosóficamente asentada sobre los valores universales de la dignidad humana y los ideales libertarios heredados como tradición incuestionable desde los comienzos mismos de nuestra historia nacional.

---

\* Acto realizado en sesión especial del 25 de noviembre de 2011, en el marco del Instituto de Federalismo de la Academia.

Y no hace falta abundar en consideraciones para advertir que estas funciones de actualizar y sensibilizar la memoria colectiva, constituyen uno de los grandes objetivos que asumimos estatutariamente como corporación, circunstancias que nos estimulan e incitan a la realización de este tipo de conmemoraciones que servirán seguramente, no sólo en lo que se refiere al homenaje en sí mismo considerado, sino también y de una manera especial, actuará como estímulo o emulación para las generaciones venideras en orden a la necesidad de asumir las responsabilidades que a ellas les corresponden en la constante misión de trabajar por el perfeccionamiento de las instituciones que se infieren de las autonomías, dentro de la pirámide normativa donde se ubica y encuentra el emplazamiento legal.

Han transcurrido apenas unos pocos meses, cuando en una ceremonia semejante, rendimos homenaje a los autores de la reformas del Código de Procedimientos Penales que hizo avanzar considerablemente las técnicas de actuación de la ley penal, habiéndose reunido en este recinto los diversos protagonistas en una suerte de escenario privilegiado, capaz de mostrar de una sola vez, todo lo que es factible realizar cuando se produce un acercamiento armónico entre los rigores propios de las exigencias científicas, con las necesidades prácticas que vive el legislador como representante legítimo de las inquietudes, necesidades y aspiraciones del pueblo.

En igual sentido y a instancias del activo y siempre preocupado director del Instituto del Federalismo de esta Academia, el Prof. Dr. Antonio María Hernández, corresponde esta vez destacar la importancia y significación que tuviera el municipalismo, a través del transcurso y desarrollo de un largo proceso que se iniciara a partir de la sanción de la Constitución Provincial de 1923, cuyos enunciados se reflejaran en la Ley Orgánica N° 3373, que durante tantos años actuara como marco legal capaz de cumplir las funciones propias y genuinas de una etapa histórica determinada y con ajuste y armonización de las modernas concepciones en lo que a esta disciplina respecta.

El paso de los años, y en especial la sanción de una nueva Constitución en 1987, tornó necesario e imprescindible formular un nuevo ajuste en la regulación y disciplina del fenómeno municipal, abarcando en su contenido a toda la extensión de su rica y variada problemática, circunstancia que se logra precisamente a fines del siglo pasado con el dictado

de la ley N° 8102 que hoy venimos a recordar por cumplirse veinte años desde la fecha de su entrada en vigencia.

Por todo ello y antes de formular algunas consideraciones referidas a los grandes desafíos que ofrece el derecho municipal de nuestros días, referidos necesariamente al grave y siempre actual problema de la *descentralización del poder*, quisiéramos felicitar y encomiar públicamente la labor del Instituto del Federalismo de nuestra Academia en la persona del Dr. Hernández, porque este tipo de decisiones seguramente nos ayudarán no sólo a sentir la satisfacción del cumplimiento de los altos fines institucionales de esta entidad y para la cual ha sido creada, sino también y en igual medida, facilitará la transmisión de valores y mecanismos de articulación de la sociedad en miras al logro de una más efectiva y pacífica convivencia social.

Estamos convencidos de que la conjunción de quienes tuvieron la brillante idea de llevar adelante esta iniciativa, a lo que debe sumarse la participación activa de los legisladores, como así de los más diversos estamentos civiles que tuvieron alguna intervención y responsabilidad en su sanción, aseguran el éxito de estas deliberaciones que seguramente se verán plasmadas en conclusiones y trabajos que enriquecerán por igual a esta Academia, a los homenajeados, como así a la sociedad en su conjunto que tendrá seguramente una visión más clara de sus derechos y garantías en este específico terreno del derecho público provincial.

2. Una vez concluidas las palabras de bienvenida y apertura de esta ceremonia, permítasenos formular algunas consideraciones en torno de estos problemas que de alguna manera nos permitan clarificar - con las limitaciones propias del tiempo y de las circunstancias-, ciertas conclusiones en torno de las cuestiones modernas y actuales del derecho municipal, que ponen de manifiesto la inquietud y preocupación por encontrar un adecuado equilibrio entre la necesidad que tienen los países de organizar una administración ejecutiva y eficaz, con la otra perspectiva igualmente importante de acercar las decisiones de gobierno a los vecinos, sobre una serie de temas y problemas que los atañen directamente y que nadie podría resolver de otra manera mejor y más eficiente que no fuese por ellos mismos.

Hipólito Taine, un crítico de arte de prestigio universal, destacaba a fines del siglo pasado la influencia que tenían las condiciones climáticas y

territoriales sobre las más diversas expresiones estéticas. De esta manera, explicaba que las catedrales góticas, con sus inmensos techos de doble caída y dotadas de grandes ojivas con inmensos *vitraux* que se alzaban al cielo en una suerte de arquitectónica oración, no era otra cosa que una exigencia de lugares que sufren temperaturas muy bajas, nevadas copiosas y por ende, poca luz. Esta técnica constructiva medieval, facilitaba el escurrimiento de la nieve y el agua acumulada en los techos, facilitando el aprovechamiento de los pocos rayos solares para clarificar sus interiores, logrando de esta manera una suerte de asombrosa simbiosis entre *cultura y realidad*.

Si hiciéramos un parangón de estas ideas, no resulta extraño deducir que el problema institucional más serio que debía afrontar un país que dispone de una superficie cuadrada de casi tres millones de kilómetros, resultaba ser, sin ninguna duda, el de la organización del poder, porque debía adoptar fórmulas e instituciones capaces de preservar un adecuado equilibrio acorde al grado de dispersión de sus circunstancias geográficas, como así de las inmensas variaciones en la densidad poblacional que se advierten según se trate de espacios urbanos o campestres.

A partir de la declaración de la independencia en 1816, una objetiva observación de la evolución de las instituciones políticas que se intentaran a través de numerosas iniciativas y fracasos, demostró claramente que fue necesario transitar en forma reiterada por el péndulo perverso de regímenes autoritarios y de fuerte concentración de poder, para luego pasar a la situación contraria, como ocurriera justamente, durante esos treinta largos años que durara la anarquía y donde los extremos de la dialéctica política giraron entre “*unitarismo*” y “*federación*”, pero fundamentalmente, a partir de una fuerte descomposición de cualquier mecanismo institucional que fuera capaz de superar la desorganización en que nos encontrábamos inmersos.

Encontrar el justo equilibrio entre los extremos de estos polos contrapuestos, constituyó no sólo el desafío del siglo XIX, sino que perdura aún como el gran tema nacional, donde es fácil advertir que todavía hay graves falencias, sobre todo cuando se trata de establecer lo que se ha dado en llamar el “*federalismo económico*”, cuyas consecuencias se padecen a diario ante la disfuncionalidad y abuso en el arbitrario ejercicio de las facultades de distribución de los fondos que corresponden indubitablemente a los Estados provinciales, sin haberse podido aún lograr una fór-

mula o sistema objetivo, equitativo y proporcionalmente adecuado a los aportes que cada uno efectúa al producto bruto nacional.

3. Y esto que constituye una temática persistente y de alguna manera reiterada en la historia institucional del país, se repite y reitera en lo que hace a la implementación del régimen municipal, cuyos orígenes se remontan a las experiencias españolas durante la colonia, aunque no lograra encontrar un emplazamiento correcto dentro de la organización del país hasta bien entrado el siglo pasado, constituyendo incluso todavía ahora un tema pendiente, especialmente cuando se trata de definir las competencias y jurisdicciones propias y genuinas entre los tres grandes estamentos de gobierno como lo constituyen el trípode integrado Nación-Provincia-Municipio.

La necesidad de descentralizar el poder, aproximándolo lo más posible a los gobernados, constituye una verdad axiomática e indiscutible entre los juristas hasta incluso por razones de simple lógica o sentido común. Pero es bueno subrayar, en cambio, que no ocurre lo mismo cuando se trata de implementar los mecanismos para hacerla posible y es en este terreno donde surge un nuevo dilema entre quienes propician solamente una delegación del gobierno central en una persona quien desempeña sus funciones a través de una *entidad autárquica* pero, en definitiva, siempre dependiente del ente jerárquico superior, con la otra alternativa que significa la creación de un ámbito absolutamente *autónomo*, en manos de un intendente designado democráticamente por la voluntad popular a través del voto directo de los ciudadanos a través de una regulación orgánica y representativa semejante a la de la Nación o de la Provincia.

Dicho de otra manera, y como una suerte de verdadera síntesis suprema de la problemática municipal, las alternativas siguen estando en los mismos lugares en que se iniciara esta discusión, varios siglos atrás, que consiste en la contraposición entre *autarquía* y *delegación*, contra *autonomía* o *representación*. Este es, en definitiva, el gran dilema que desata un proceso inevitable, donde se entrecruzan cuestiones de orden técnico o metodológicas, con ideologías de poder pero aunque la Constitución de 1994 en su art. 123 adoptara la posición correcta, lo que de alguna manera entendemos que concluye el debate, sin embargo todavía existen algunas provincias donde es menester avanzar en el perfeccionamiento y democratización del sistema.

Córdoba una vez más y como tantas veces con anterioridad, ha dado el ejemplo y se ha puesto a la cabeza ya desde hace muchísimos años en el más pleno reconocimiento de la institución municipal, a la que le asigna dentro del marco jurisdiccional que le corresponde, las mismas atribuciones de gobierno representativo elegido por los vecinos a los que debe agregarse el reconocimiento de los tres estamentos gubernativos, es decir, el Poder Ejecutivo en la persona del intendente, el Legislativo que lo conforma el Concejo Deliberante y el de contralor, a través de las funciones propias del Tribunal de Cuentas como el órgano revisor del modo de ejecución de los gastos y recursos a través de la más estricta supervisión de las cuentas municipales.

Estamos convencidos y por ello conviene expresarlo sin temor a incurrir en hesitación alguna, de que las falencias, limitaciones o imperfecciones del régimen municipal, trasladan estos defectos al funcionamiento mismo del Estado de derecho y al sistema democrático y representativo, porque no es factible la construcción de una democracia plena, si al mismo tiempo ese país no dispone de un régimen municipal asentado sobre los grandes principios de la autonomía y representación popular.

Hombres de Córdoba, sin distinciones de partidos o formaciones culturales, han coincidido en los hechos, como una suerte de política de Estado mantenida sin solución de continuidad a través del tiempo, encontrando los mecanismos y sistemas más modernos según la época que tocara legislar, pero siempre inspirados y respetuosos de estos grandes enunciados que se infieren y generan como efecto inmediato, el absoluto y completo respeto por las autonomías de las ciudades o los pueblos de la Provincia, circunstancia fácilmente apreciable si es que se observa el estado actual de la instituciones recordadas.

En prueba de lo aseverado precedentemente, cabe recordar la brillante actuación del diputado de la Convención Constituyente Provincial de 1923, Dr. Carlos Astrada Ponce, quien en sus medulosos y extensos discursos pronunciados como fundamento de dicho ordenamiento, ponía de relieve precisamente las diferencias existentes entre una organización puramente administrativa del municipio, con lo que se proponía en su reemplazo, que no era otra cosa que la incorporación del régimen representativo y democrático a través del reconocimiento de un régimen municipal autónomo y representativo.

Al poco tiempo de este progreso legislativo y ya a instancias de un gobierno de signo político diverso como fuera el del gobernador Sabattini,

se siguió avanzando en la profundización y perfeccionamiento del sistema, especialmente a través de la sanción de la ley N° 3836, donde se intentaba encontrar mecanismos de representación más inmediatos y directos, de forma tal que este requisito -esencial a su naturaleza y sentido de su funcionalidad-, se mantuviera durante la totalidad de la gestión del intendente, normativa que nos provoca un sentimiento particular, porque tuvo destacada participación como senador provincial mi padre, el Dr. Juan S. Palmero, todo lo que demuestra que la preocupación por avanzar en este proceso nunca estuvo detenida en la historia de las instituciones políticas de nuestra provincia.

Habían transcurrido alrededor de cincuenta años de los hechos relatados y apenas recuperadas las instituciones democráticas en 1983, el perfeccionamiento, profundización y actualización de la Ley Orgánica Municipal N° 3373 constituyó una de las principales preocupaciones del gobierno del gobernador Angeloz y casi inmediatamente al inicio de su gestión se abocó a efectuar los estudios y consultas necesarios en orden a la detección de las necesidades y cuestiones que era menester considerar para concretar la actualización y mejoramiento de la legislación vigente.

Y en este sentido, por haber sido testigo presencial, corresponde destacar y subrayar enfáticamente, y en homenaje sea a la verdad -como diría Giorgio Del Vecchio-, el singular protagonismo y especial dedicación que desde el comienzo mismo de ese gobierno, pusiera el entonces subsecretario de Gobierno, Dr. Antonio María Hernández, en este sentido, aunando el bagaje de conocimientos científicos adquiridos en la cátedra y en la investigación, con una larga experiencia en el tratamiento diario de los conflictos y cuestiones que aquejan a estas instituciones, circunstancia que le permitiera elaborar casi inmediatamente y en 1987, un Anteproyecto que plasmaba, además de los grandes principios de autonomía y representación, la incorporación de las modernas instituciones que exigen los tiempos actuales.

Casi concomitantemente a estas iniciativas, se sanciona la Constitución Provincial de 1987, que mediante la incorporación explícita de un Título Segundo que bajo el acápite de "Municipalidades y comunas", concluye el proceso de manera definitiva y a través de dieciséis preceptos claros y concisos, termina reconociendo expresamente el principio de autonomía y representación, que pasa a adquirir la jerarquía propia de una disposición de este nivel, transformándolo en un verdadero dogma político insoslayable para la disciplina del régimen municipal en todo el territorio

de la provincia. Una vez más cabe destacar el protagonismo significativo del diputado constituyente Antonio Hernández, haciendo escuchar varias veces su autorizada y gravitante opinión a través de encendidas e ilustradas intervenciones-.

Así las cosas, de la misma interrelación acaecida entre la Constitución de 1923 con la Ley Orgánica Municipal N° 3373, ocurre con la nueva Constitución de 1987 que debía encontrar en este sentido su correlato y es así que el 21 de noviembre de noviembre de 1991, se termina aprobando la nueva Ley Orgánica Municipal que nos rige hasta el presente, de la que podemos estar orgullosos porque se trata del más novel y ajustado instrumento para la instauración de un régimen municipal autónomo, representativo y de profunda aceptación social.

Si tomamos como referencia y punto de partida de nuestras reflexiones, la aguda observación de Estrada, *“que la vinculación entre el federalismo y la autonomía municipal no sólo se advierte en los aspectos institucionales y políticos, sino que constituye una técnica de vida social que parte del principio de que quien está más cerca de las necesidades, mejor las conoce y en consecuencia mejor puede resolverlas”*, resulta factible aseverar sin incurrir en exageración alguna, que de la armónica simbiosis existente entre la regulación constitucional, con la que establece el estatuto legal antes relacionado, se ha instaurado un orden político que preserva los grandes principios que dan fundamento a la institución, porque explícita y desarrolla en su integridad las consecuencias inferidas de esta especie de cimiento lógico o fundamento legal, en cuanto asegura los beneficios de la autonomía en los aspectos más diversos, como ocurre con el político, administrativo, económico, financiero e institucional, circunstancia que importa la absorción completa de la temática, ahora iluminada por este principio liminar.

Por otra parte, la posibilidad del dictado de las cartas orgánicas municipales a las poblaciones que se le acuerde el carácter de ciudades, constituye otro de los avances considerables que se manifiesta no sólo en el evidente mejoramiento de las relaciones entre el vecino y el municipio en lo que hace a la preservación de sus derechos y garantías, sino que también constituye la conclusión integral de un sistema hecho a imagen y semejanza de la república, todo lo que implica una evidente profundización del ejercicio propio de la vida democrática y el Estado de derecho del que tanta necesidad ha tenido nuestro pueblo luego de los largos años de inestabilidad y fractura de sus instituciones constitucionales.

La fijación de la competencia material, como así igualmente en lo que respecta a la implantación de un mecanismo sancionatorio mediante la creación del Tribunal de Faltas, importa otro importante proceso en orden al otorgamiento de los beneficios del debido proceso en todo lo atinente a situaciones donde el Municipio debe ejercitar sus facultades de coerción como así igualmente en lo que respecta al necesario contralor de su funcionamiento en este difícil aspecto de la actividad represiva inherente a sus funciones institucionales.

El tema de los recursos, la posibilidad de celebración de empréstitos, han conformado un verdadero universo económico que funciona autónomamente dentro del ámbito jurisdiccional propio, habiéndose avanzado en forma considerable en todos aquellos aspectos donde se puede llegar a producir una superposición de atribuciones con las otras dos manifestaciones del poder, todo lo que ha venido a mejorar considerablemente tanto los aspectos técnicos como los beneficios evidentes para los vecinos que se traducen en obras que aportan calidad de vida a su población.

En definitiva, señores, como presidente de la Academia de Derecho de Córdoba les agradezco su participación en esta importante ceremonia, destacando de manera especial la intervención tanto de los estamentos universitarios, como así de los legisladores que tuvieron la responsabilidad y la sapiencia de colocar a Córdoba a la cabeza de las instituciones municipales, augurándoles que esta reunión importe no sólo la rememoración que con toda justicia merece la Ley Orgánica Municipal vigente y el homenaje a quienes la hicieron posible, sino también que importe una reafirmación para la sociedad de los beneficios que implica vivir en una comunidad cada vez más democrática, cada vez más ajustada a las normas legales y en definitiva, cada vez más civilizada.

\*\*\*

## **A 20 AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA MUNICIPAL N° 8102**

*Por el académico Dr. Antonio María Hernández*

El Instituto de Federalismo que tengo el honor de dirigir ha organizado esta celebración, habida cuenta de la trascendencia de esta ley, una de

las más importantes en el régimen político y constitucional cordobés. Para ello, ha invitado especialmente a ex legisladores que participaron en el debate, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores, como así también a intendentes municipales y a docentes de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de nuestras universidades.

Esta norma jurídica fue sancionada por la Legislatura cordobesa el 5 de noviembre de 1991 y promulgada por el Poder Ejecutivo con fecha 12 de noviembre, más de cuatro años después de producida la reforma constitucional de 1987. Lo que más interesa destacar es el *extenso y ejemplar proceso de estudio y debate de la ley*, que culminara en el altísimo grado de consenso de todas las fuerzas políticas representadas, para la sanción de una normativa incuestionablemente adecuada a los principios constitucionales del régimen municipal cordobés y que constituye bajo nuestro punto de vista, una de los más avanzadas en el derecho argentino.

El *origen de la ley* se encuentra en nuestro *Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba*, publicado por la Universidad Nacional de Córdoba en 1977, que sirviera de base al “Anteproyecto” que presentásemos en 1985 al Poder Ejecutivo de la Provincia y que fuera considerado luego de la reforma constitucional de 1987 por el Consejo de Partidos Políticos, para finalmente con dicha aprobación, ser presentado como Proyecto del Poder Ejecutivo en la Cámara de Diputados de la Provincia, en 1990 <sup>1</sup>.

Dicho Proyecto fue compatibilizado en la Comisión de Asuntos Constitucionales, Municipales, Peticiones y Poderes con otros proyectos presentados en el mismo año por legisladores de distintos bloques y debatido inicialmente en las sesiones del 30 y 31 de octubre de dicho año de la citada Cámara <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase en tal sentido el discurso del presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, Dr. Juan Arato, en la sesión del 30 de octubre de 1990, *Diario de Sesiones*, pág. 3426. En dicho discurso se hace referencia a la extensa nómina de instituciones participantes en el estudio efectuado en la Comisión, a lo que deben sumarse respectivos congresos realizados para el tratamiento del proyecto en partidos políticos como la Unión Cívica Radical y el peronismo.

<sup>2</sup> Presentaron también proyectos las bancadas del peronismo y la UCD y legisladores de la Unión Cívica Radical. Asimismo consideramos de especial jerarquía e importancia el debate producido en la Cámara de Diputados -que fue la cámara de origen-

Por razones de brevedad, sólo efectuaremos un *análisis sintético de dicha ley*, que consta de 14 títulos, limitándonos a destacar sus artículos más importantes<sup>3</sup>. El Título I “Del Municipio” consta de dos capítulos, el I sobre “Ambito de aplicación” y el II titulado “Del reconocimiento y competencia territorial”. En el art. 1º se prescribe que la ley regirá: “1) En los Municipios que no estén facultados para sancionar su propia Carta Orgánica. 2) En los municipios que no hayan dictado su Carta Orgánica, estando facultados para hacerlo. 3) En las Comunas”. En el art. 2º se establece que serán reconocidos como municipios las poblaciones estables de más de 2.000 habitantes y aquéllos que tengan más de 10.000 habitantes serán ciudades. En consecuencia, a 37 municipios les correspondió inicialmente dicha categoría, que posibilita, como vimos, la sanción de las respectivas cartas orgánicas<sup>4</sup>. El reconocimiento se efectuará por ley, dice el art. 3º, mediante un procedimiento a cargo del Poder Ejecutivo, que deberá remitir el proyecto al Poder Legislativo. También la modificación de los radios tendrá el mismo procedimiento, según lo indica el art. 4º. Al respecto no podemos dejar de señalar que este aspecto fundamental de la ley ha sido notoriamente incumplido, pese a los años transcurridos, lo que ha originado serios problemas en el funcionamiento del régimen municipal, pues han subsistido radios que no se adecuan a los principios constitucionales fijados.

---

con la intervención de los diputados Juan Arato, Antonio María Hernández, Juan Carlos Maqueda, Germán Kammerath, Gonzalo Fernández, Manuel Gómez, Mario Blanco, Sergio Busso, Alberto Abecasis, Andrés Roberto Pérez, Antonio Meza, César Carducci, Horacio Obregón Cano, Hugo Barrionuevo y Angel Manzur. Consideramos que dicho debate es la fuente más importante para comprender el sentido de la Ley Orgánica Municipal y al respecto remitimos al *Diario de Sesiones* de dicha Cámara, 29ª reunión, 30 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 1990.

<sup>3</sup> En dicho debate legislativo realizamos este análisis, remitiéndonos al *Diario de Sesiones* ya citado, págs. 3430/3440. Asimismo véase *Ley Orgánica Municipal* de Víctor Rubén Marcellino, publicación de la Subsecretaría de Asuntos Municipales del Ministerio del Interior de la Nación, de marzo del 2001.

<sup>4</sup> Con la realización del último censo de población, son 44 las ciudades habilitadas para ello. Ya han dictado sus cartas orgánicas municipales aproximadamente la mitad de ellas, por lo que resulta notablemente elevado el número que falta, lo que está indicando un grave incumplimiento de uno de los aspectos fundamentales de la autonomía local, como es el institucional.

En cuando a los radios, la Ley Orgánica prescribe en el art. 7° que comprenderán: “1) la zona en que se presten total o parcialmente los servicios públicos permanentes. 2) la zona aledaña reservada para las futuras prestaciones de servicios”.

El art. 8° se refiere a la posibilidad de la delegación del poder de policía por parte de la Provincia en los municipios en las materias de su competencia, “dentro del territorio que se extienda hasta colindar con igual zona de los otros municipios y los radios de las comunas próximas hasta que ello sea posible por todos los rumbos. La delegación se hará mediante convenio ratificado por Ordenanza y Ley Provincial”. Esta disposición es muy importante, pues prescribe que la Provincia pueda delegar su poder de policía en los municipios en las zonas que le corresponde, ya que allí no alcanzan los radios municipales. En la anterior Ley Orgánica 3373 se habían distinguido las zonas a) y b) de los radios municipales, correspondientes a los lugares donde se prestan los servicios municipales y los previstos para su prestación futura. En consecuencia, fuera de dichos radios, la jurisdicción y competencia era provincial. Este sistema provenía de la reforma de 1923 y en lo sustancial fue ratificado en la reforma constitucional de 1987, como hemos visto. Por ello, el art. 7° ha mantenido dicho sistema, que se complementa en este art. 8°, con la posibilidad de la delegación del ejercicio de poder de policía en dicha zona, en directa aplicación del art. 185 de la Constitución Provincial, que establece dicha posibilidad pero sólo en municipios. Sin embargo, no puede olvidarse el inconstitucional precedente de la llamada ley 5286 que había agregado una zona c), acorde a un sistema de radios colindantes y que había extendido la competencia municipal a esas zonas que eran de competencia y jurisdicción provincial. Como ya veremos, el art. 235 de Disposiciones Transitorias dispuso un plazo de 5 años para que el Poder Ejecutivo fijase el nuevo mapa de los radios de los gobiernos locales, lo que todavía no se ha cumplido totalmente, con serios problemas actuales para el régimen municipal.

El Título II sobre “Gobierno Municipal” acusa especial trascendencia pues posibilita la existencia de 3 sistemas de gobierno local distintos, mediante la respectiva opción: el tradicional de Intendente y Concejo Deliberante, el de Comisión y el de Comisión con Administrador Municipal, según lo dispuesto por los arts. 9° y 56. Aunque cuando se reconozca un municipio su forma de gobierno sea la primera mencionada (art. 10), los respectivos municipios podrán adoptar el cambio pertinente, mediante

ordenanza aprobada posteriormente por referéndum popular, como lo indica el art. 11.

Este título contiene dos secciones, la Primera destinada a “Concejo Deliberante y Departamento Ejecutivo” y la Segunda, “Del gobierno de comisión”.

A su vez, la Sección Primera tiene 3 capítulos: el I sobre “Concejo Deliberante”, el II sobre “Formación y sanción de ordenanzas” y el III sobre “Departamento Ejecutivo”.

En el Capítulo I<sup>5</sup>, el art. 12 ordena que los concejos deliberantes se compondrán de 7 miembros en los municipios que tuvieran hasta 10.000 habitantes y dicho número se aumentará en uno por cada diez mil habitantes hasta un máximo de 32 en los municipios que estando facultados para sancionar su Carta, carecieran de ella.

En el art. 13 se indica que los concejales durarán 4 años en sus funciones y podrán ser reelectos, renovándose el cuerpo en su totalidad al expirar aquél término.

En una novedosa disposición, tendiente a fortalecer los cuerpos deliberativos, se legisla en el art. 14: “El candidato a Intendente Municipal será candidato simultáneamente a primer Concejel en la lista de su partido. En caso de resultar electo para el primero de sus cargos, será reemplazado automáticamente por el segundo de la manera que se determine para las suplencias”.

En relación con esto, no podemos dejar de mencionar especialmente lo que consideramos como un muy grave error de la Justicia Electoral de la Provincia, al considerar este tema como incluido dentro de las prohibiciones de dobles candidaturas de la ley N° 9571, que reguló las últimas elecciones con el uso de la boleta única. En efecto, con sucesivas resoluciones de la jueza electoral, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 y del propio Tribunal Superior de Justicia<sup>6</sup>, se admitió este

---

<sup>5</sup> Que fuera informado por el Diputado Juan Carlos Maqueda en nombre de la Comisión, según consta en el *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1990, págs. 3482/3495 y adonde nos remitimos, por razones de brevedad.

<sup>6</sup> Véase el Auto N° 16 del 4 de julio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia en los autos “Córdoba - Convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y tribunal de cuentas provincial, para el día 7 de agosto de 2011 - Unión Vecinal todo

criterio erróneo, que terminó afectando una de las más novedosas e importantes innovaciones de la Ley Orgánica Municipal. Piénsese que con esta norma se ha logrado que los candidatos a intendentes de los partidos que no alcanzaron a llegar a la titularidad del Departamento Ejecutivo, sin embargo pueden asumir como concejales, lo que en definitiva trae como consecuencia una jerarquización del órgano deliberativo y un mayor debate en la vida local, porque no se pierde la experiencia de aquéllos que fueron elegidos por los respectivos partidos políticos, para la principal candidatura en las elecciones locales. Por si faltara algo en esa serie sucesiva de fallos judiciales erróneos, esta prohibición en modo alguno imaginada por los legisladores que sancionaron la ley electoral antes citada, sólo se ha aplicado a los municipios que fijaron el día de las elecciones locales juntamente con las provinciales, ya que en los otros gobiernos con fecha distintas, se mantuvo la plena vigencia de dicha posibilidad admitida por la ley N° 8102. Por eso, confiamos en que la Legislatura sancione alguna norma que modifique la legislación electoral mencionada, o que la Justicia Electoral modifique dichas resoluciones, cuya injusticia es notoria.

Sin detenernos en otros artículos, destacamos que el presidente del Concejo tiene doble voto en caso de empate (art. 24) y que se han regulado como prerrogativas del cuerpo la corrección de sus miembros (art. 25) y la exclusión de terceros (art. 26). También es importante el art. 30 sobre las Atribuciones del Concejo, donde se reglamenta el art. 186 de la Constitución Provincial, sobre la competencia material de los municipios.

En el Capítulo II se prescribe sobre iniciativa de las ordenanzas (art. 33), veto (art. 34) y tratamiento de urgencia (art. 35). Debe destacarse aquí el procedimiento de la doble lectura (art. 37) para la aprobación de las ordenanzas que dispongan: “1) Privatizar obras, servicios y funciones del municipio. 2) La municipalización de servicios. 3) Otorgar el uso de bienes públicos de la municipalidad a particulares. 4) Crear entidades descentralizadas autárquicas. 5) Crear empresas municipales y de economía mixta. 6) Contratar empréstitos. 7) Otorgar concesiones de obras y servicios públicos. 8) Crear nuevos tributos o aumentar los existentes y la sanción del Presupuesto de gastos y recursos y Cuenta de Inversión”. La norma seguidamente expresa: “Entre la primera y la segunda lectura deberá mediar un plazo no menor de quince días corridos, en el que el proyecto deberá publicarse por los medios disponibles. En dicho lapso el Concejo Deliberante deberá establecer audiencias públicas para escuchar a los vecinos y entidades interesadas en dar su opinión”.

También estimamos importante para la seguridad jurídica la norma siguiente del art. 38 que obliga a la publicidad de las ordenanzas en un Boletín Informativo Municipal.

En el Cap. III sobre Departamento Ejecutivo se destaca que el intendente será electo a simple pluralidad de sufragios, con un término de mandato de 4 años y que podrá ser reelecto (art. 39).

En caso de acefalía temporaria será reemplazado por el presidente del Concejo Deliberante o sus vicepresidentes o por el concejal que resulte designado para ello, según el orden mencionado (art. 43). Y en caso de acefalía definitiva, por el concejal que resulte elegido por el Concejo si faltaren menos de 2 años para que se cumpla su mandato, pues en el caso contrario, deberá convocarse a elecciones para elegir un intendente que finalice dicho término (art. 44).

En el art. 49 se prescriben prolijamente sus atribuciones y en el art. 50 se expresa que el intendente es el jefe superior de la administración municipal.

Debemos resaltar que en la ley no se admite la figura del viceintendente, dado que aunque la institución fue prevista por la Cámara de Diputados, fue eliminada por el Senado y luego no pudo imponer su criterio la cámara de origen.

La Sección Segunda sobre Gobierno de Comisión contiene 4 Capítulos: el I “De la Comisión”, el II “Plenario de la Comisión”, el III “Atribuciones de los Miembros. Atribuciones del Presidente” y el IV “Formación y sanción de ordenanzas”<sup>7</sup>.

Tal como lo sostuvimos en el debate, esta fue una de las innovaciones más importantes de la reforma de 1987 pues se consagró aquí la posibilidad de la incorporación de los sistemas de gobierno municipal llamados de eficacia, muy extendidos en el municipalismo norteamericano, a partir de las experiencias de las ciudades de Sacramento (1863), Nueva

---

por la Villa - Aclaratoria - Reposición - Rec. apelación en subsidio (decr. fecha 23/05/11 tepah) - Recurso de apelación (electoral) - Recurso de casación e inconstitucionalidad” (Expte. letra “c”, N° 10, iniciado el 27 de junio de 2011).

<sup>7</sup> Que informáramos en nombre de la Comisión de Asuntos Constitucionales, según consta en el *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1990, págs. 3498/3502 y adonde nos remitimos, por razones de brevedad.

Orleans (1870), Mobile (1873) y especialmente Galveston (1901) para el gobierno de comisión y los casos de Staunton (1908) y Sumter (1912) para el gobierno de comisión con gerente o “city manager”<sup>8</sup>.

Habrán 3 miembros de la Comisión cuando la población no exceda los 2.000 habitantes; cinco, cuando supere los 2.000 sin alcanzar los 5.000 habitantes y siete, cuando haya 5.000 habitantes o más (art. 51).

Se regulan las atribuciones del plenario de la Comisión, integrado por todos los miembros, como autoridad superior de la administración municipal y a cargo de la función legislativa (arts. 57, 58 y 59) y los miembros de la Comisión cuando actúan individualmente para presentar proyectos de ordenanzas (art. 63) o cuando ejerzan las funciones de presidente (art. 60), secretario (art. 61) o tesorero (art. 62).

El Título III se refiere a Hacienda, Presupuesto y Contabilidad y presenta 3 capítulos: el I sobre Recursos, el II sobre Presupuesto y el III sobre Contabilidad.

Debe resaltarse el art. 67 sobre Recursos que establece con claridad el alcance del poder tributario municipal conforme al mandato constitucional. Dicha norma expresa: “Son recursos municipales los provenientes de impuestos, precios públicos, tasas, derechos, patentes, contribuciones por mejoras, multas, ingresos de capital originados por actos de disposición, administración o explotación de su patrimonio, coparticipación provincial y federal, donaciones, legados y demás aportes especiales, uso de créditos y contratación de empréstitos”.

Asimismo el art. 68 prescribe que los tributos municipales deben respetar los principios constitucionales y “deberán armonizarse con el régimen impositivo del gobierno provincial y federal”.

El Título IV regula los Tribunales de Cuentas, como uno de los tres departamentos de gobierno municipal, junto al Ejecutivo y al Concejo Deliberante y cuya misión es la de ejercer el control de legalidad externa

---

<sup>8</sup> También en su Anteproyecto de Ley Orgánica, Carlos Astrada Ponce había intentado la incorporación del sistema de comisión para los municipios de esta provincia, lo que no fue admitido por la Legislatura. Pero este sistema de comisión ha regido en municipios de los antiguos territorios nacionales de la Patagonia y en las comunas de la provincia de Santa Fe, además de las comisiones vecinales o de fomento del régimen municipal cordobés.

en materia financiera, sin realizar juicios de oportunidad y conveniencia sobre el destino del gasto. Estos tribunales son otra expresión del respeto a la autonomía municipal, frente a otras legislaciones que otorgan estas funciones a tribunales de cuentas provinciales.

Dichos tribunales están formados por 3 miembros electos por el pueblo, correspondiendo 2 a la mayoría y 1 al partido siguiente, con un mandato de 4 años y posibilidad de reelección (art. 78). Sus amplias atribuciones están consignadas en el art. 84, destacándose el control previo mediante el visado de todo acto administrativo que comprometa gastos y disponga órdenes y el control posterior de las Cuentas de Inversión, además de la fiscalización de las operaciones financiero-patrimoniales de la Municipalidad y las cuentas del Concejo Deliberante.

Sus observaciones deben ser enviadas al Concejo Deliberante y el Tribunal está facultado para presentar proyectos de ordenanzas sobre su ámbito de aplicación.

El Título V trata los organismos descentralizados autárquicos, empresas o sociedades de economía mixta, municipalizaciones, concesiones y servicios públicos en 5 capítulos destinados a cada uno de los temas.

Los organismos descentralizados autárquicos podrán ser creados por los concejos deliberantes para la administración de los bienes municipales y la prestación de servicios, con control de los usuarios (art. 88).

Las empresas o sociedades de economía mixta también podrán crearse por los concejos deliberantes para la prestación de servicios municipales, con participación del capital privado (art. 95).

En cuanto a las municipalizaciones, el art. 96 dispone que los concejos deliberantes podrán crearlas mediante un procedimiento especial, dado que debe formarse una comisión previa de 3 concejales (2 por la mayoría y 1 por la minoría) que debe informar junto al Departamento Ejecutivo ante el Concejo. Dice el artículo que “El informe contendrá una memoria detallada sobre las necesidades, financiación y resultado posible de la explotación que se proyecta, que se publicará durante 3 días en los medios de publicidad existentes en la Municipalidad”.

Respecto de las concesiones, el art. 98 ordena que sean otorgadas por ordenanzas y que en igualdad de condiciones correspondan “preferentemente a cooperativas”. El término de éstas no será mayor de 15 años, porque para el caso contrario, se requiere además la aprobación de la ordenanza por un referéndum obligatorio (art. 150 inc. 3), según lo ordena el art. 99.

Finalmente en el Capítulo V se regulan los servicios públicos en sendas normas sobre ordenanzas de organización (art. 100), dirección técnica (art. 101), eficiencia del servicio (art. 102), tarifas (art. 103), incumplimiento de obligaciones (art. 104), intervención del servicio (art. 105), conclusión del contrato (art. 106) y normas complementarias (art. 107).

El Título VI se refiere a un aspecto principal del sistema republicano: “De la responsabilidad de las autoridades, funcionarios y empleados municipales y de la responsabilidad política del Intendente” y se divide en 2 capítulos. En el I sobre la responsabilidad de las autoridades, funcionarios y empleados municipales se prescribe que éstos responden con carácter personal por los daños y perjuicios que causaren (art. 109), en base a las denuncias que cualquier habitante del municipio puede presentar (art. 110).

Con sano criterio de lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios, se ordena la presentación de declaraciones juradas de éstos al ingreso y egreso de sus funciones (art. 111).

El art. 112 revela aún más la firmeza republicana de la Ley Orgánica, pues dispone la suspensión o destitución de los funcionarios y empleados municipales en determinados casos penales. En efecto, la norma dice: “Si se imputare al Intendente, concejales, miembros del Tribunal de Cuentas, demás funcionarios o empleados municipales, delito doloso y/o culposo de incidencia funcional, procederá de pleno derecho su suspensión, cuando el Tribunal competente resuelva procesarlo, o en la información sumaria previa a la citación directa, el Agente Fiscal formulara requisitoria de elevación a juicio. Producida sentencia firme condenatoria, corresponderá la destitución sin más trámite. El sobreseimiento o absolución de los imputados restituirá a éstos automáticamente, la totalidad de sus facultades. El Concejo Deliberante deberá adoptar estas decisiones en la sesión siguiente al conocimiento de las resoluciones judiciales. Si transcurridos 6 meses desde el procesamiento requisitoria de elevación a juicio, la causa no estuviese resuelta, los funcionarios mencionados reasumirán sus funciones si su situación personal lo permitiera, sin perjuicio que la posterior sentencia hiciera procedente el trámite fijado en los apartados anteriores”.

Finalmente, el art. 113 legisla sobre la acción judicial de responsabilidad que la Municipalidad o Comuna condenada debe ejercer contra sus funcionarios o empleados, a efectos del resarcimiento pertinente.

El Capítulo II regula el procedimiento de revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante, o sea el juicio político municipal.

Se indica que el intendente puede ser denunciado ante el Concejo Deliberante por uno de sus miembros por mala conducta, seria irregularidad, incapacidad o impedimento en el desempeño de sus funciones (art. 114), debiendo ser inmediatamente sustituidos el o los concejales denunciadores por los suplentes respectivos (art. 115).

Luego que el Concejo en la sesión siguiente admita con 2/3 de votos de los miembros presentes que hay méritos para la formación de la causa, se debe oír al intendente en una sesión especial con una serie de requisitos tendientes a asegurar su derecho de defensa. (art. 116).

Para la revocación del mandato del intendente se requiere un *quorum* de 2/3 de la totalidad de los miembros del Concejo y resolución escrita y fundada (art. 117), pero dicha medida debe ser aprobada por el cuerpo electoral (art. 120) con la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos en dicho acto comicial de carácter obligatorio (art. 121).

Por último, se dispone la imposibilidad del ejercicio simultáneo de los procedimientos revocatorios, pues desde ya adelantamos que además de este juicio político que efectúa el Concejo Deliberante, también la Ley Orgánica regula la revocatoria popular, que puede alcanzar al intendente y en consecuencia, no se puede iniciar una vía si la otra ha sido ejercida (art. 123<sup>o</sup>)<sup>9</sup>.

El Título VII está destinado a acefalías y conflictos y contiene un capítulo para cada una de estas cuestiones. En el I se legisla sobre las acefalías del Concejo Deliberante y la Comisión Municipal (art. 124), en el Tribunal de Cuentas (art. 125) y las elecciones extraordinarias (art. 126) respectivas. El art. 127 acusa especial interés pues menciona la

---

<sup>9</sup> Véase el informe que efectuamos sobre este título y el debate posterior en la Cámara de Diputados en oportunidad del tratamiento de la Ley Orgánica Municipal, *Diario de Sesiones*, págs. 3523/3525 y 3535/3533 respectivamente. Asimismo nos remitimos para un análisis en profundidad a nuestro *Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba*, ya citado, y a los libros *Proceso de Revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante*, Córdoba, Mateo García, 1991, que fuera nuestra tesis doctoral y al libro *Juicio político municipal - Proceso de revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante*, que fue una edición ampliada y actualizada del anterior, publicada por Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003. Véase el “Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba”, el Cap. VIII de las ediciones de nuestra obra *Derecho municipal*, además del informe presentado en la Cámara de Diputados, anteriormente citados.

única causal de intervención provincial a los municipios, que es la de acefalía total, prevista por el art. 193 de la Constitución Provincial.

El Capítulo II en un solo artículo, el 128, regula el procedimiento de los distintos tipos de conflictos: internos y externos de una Municipalidad, ante el Superior Tribunal de Justicia, que tiene la augusta misión de garantizar la autonomía local.

El Título VIII está referido al Régimen Electoral en 6 Capítulos: el I sobre Eleccionado y Padrón Cívico Municipal, el II sobre Junta Electoral Municipal, el III sobre Distribución de las representaciones, el IV sobre suplentes, el V sobre Disposiciones Supletorias y el VI sobre Elecciones.

Solamente destacamos aquí la integración de la Junta Electoral Municipal en cada Municipalidad, en base al siguiente orden de prelación: 1) Por jueces de primera instancia, miembros del Ministerio Público y asesores letrados con asiento en la localidad. 2) Por jueces de paz legos con asiento en la localidad. 3) Por directores de escuelas fiscales por orden de antigüedad. 4) Por electores municipales (art. 132) y el sistema electoral adoptado, que es el proporcional D'Hondt (art. 137).

El Título IX legisla sobre institutos de democracia semidirecta en 5 capítulos: el I sobre Iniciativa popular, el II sobre Referéndum, el III sobre Revocatoria popular, el IV sobre Ejercicio de estos derechos y el V sobre Convocatoria a elecciones.

La Ley Orgánica que comentamos ha efectuado correcciones sobre los textos antes vigentes a los fines de viabilizar el funcionamiento de estos institutos fundamentales para profundizar la democracia local. Creemos que nuestra provincia ha tenido la legislación más avanzada en esta materia y que además es la que los ha practicado con mayor asiduidad, en los períodos de vigencia de la democracia. No nos detenemos en el análisis sistemático de las normas por razones de brevedad. Sólo nos limitaremos a indicar los temas tratados. En el Capítulo I sobre Iniciativa popular se indica el número de electores requerido para presentarla (al menos el 1,5% del padrón) y las materias (art. 145°), contenido (art. 147), trámite (art. 148) e inadmisibilidad (art. 149). En el Capítulo II sobre Referendum se legisla sobre referendum obligatorio (art. 150), proyectos del Departamento Ejecutivo (art. 151), referendum facultativo y materias (arts. 152 y 153), requerimiento del referendum obligatorio (art. 154), validez de la ordenanza (art. 155) y promulgación y reglamentación (art. 156).

En el Capítulo III sobre Revocatoria popular se indica el número de electores (no inferior al 10 % del padrón) (art. 157), cobertura de vacan-

tes (art. 158), prohibición de candidaturas (de los removidos y para completar su mandato) (art. 159), plazos para la revocatoria (al menos de un año desde el ejercicio del cargo y siempre que no faltaren 9 meses para su expiración (art. 160) y prohibición de actos (art. 161).

En el Cap. IV sobre Ejercicio de estos derechos se regula el número de electores y término (no inferior al 3% del padrón para solicitar el referéndum facultativo y la revocatoria, que en los 15 días hábiles posteriores deberán llegar al 10 % del padrón en ambos casos) (art. 162), requisitos (art. 163), vista (de la revocatoria al funcionario afectado para que conteste en un plazo de 5 días hábiles) (art. 164), suscripción de solicitudes (art. 165), resolución de la Junta Electoral (art. 165), apelación (ante el juez electoral provincial) (art. 167), convocatoria a elecciones (art. 168), constitución de la Junta Electoral (art. 169) y gastos (art. 170).

Por último, el Capítulo V sobre Convocatoria a elecciones ordena los plazos (art. 171), el decreto de convocatoria (art. 172), la mayoría requerida (absoluta sobre los votos válidos emitidos) (art. 173) y obligatoriedad (art. 174).

El Título X es también de especial importancia pues regula “Otras formas de participación ciudadana” y termina de perfilar a un municipio de plena participación, tanto política como cotidiana, como base de la democracia local <sup>10</sup>. Reiteramos aquí que el municipio debe ser la escuela social de la democracia y a eso apunta este título que comprende los siguientes institutos: Audiencia pública (Capítulo I), Consejo Asesor Municipal (como órgano de consulta y asesoramiento que expresa a las asociaciones de vecinos y entidades representativas de diversas actividad de en el Capítulo II), Voluntariado (aporte de bienes o medios económicos o trabajo personal en actividades de interés municipal en el Capítulo III), Oficina Municipal de Reclamos (para la defensa de los derechos de los vecinos, de la prestación de servicios y la vigencia del orden jurídico local

---

(10) La anterior reforma constitucional de 1923 había posibilitado el ejercicio de estos derechos en el art. 152 y en 1939 se dictó la ley N° 3836 que hemos considerado de gran calidad y que fuera reproducida por la ley N° 4754 de 1964. Dicha normativa fue la base que tuvimos presente en nuestro “Anteproyecto” y que fuera como lo hemos dicho, el antecedente de la actual Ley Orgánica. Véanse asimismo las sucesivas ediciones de nuestra obra *Derecho municipal*, antes citadas, como nuestras intervenciones en el debate de la Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, págs. 3534/3536.

en el Capítulo IV) y la descentralización municipal (en atención a las características propias de cada población en el Capítulo V).

El Título XI es de enorme trascendencia pues trata sobre las Relaciones Municipales y la Asistencia Provincial, como reglamentación de los arts. 190, 191 y 192 de la Constitución Provincial antes comentados, que sentaron las bases de los gobiernos locales para este siglo de la globalización y el conocimiento.

En el Capítulo I destinado a la Acción municipal coordinada se reconoce ampliamente la posibilidad de celebrar convenios con otros municipios, con los gobiernos provincial y federal y con organismos descentralizados y se admite la creación de organismos intermunicipales (art. 183). Asimismo se permite la cooperación y promoción municipal mediante la participación en entidades de carácter provincial, nacional o internacional que tengan dicha finalidad (art. 184).

En el Capítulo II sobre Asistencia Provincial se prescribe que las municipalidades y comunas podrán solicitar asesoramiento y asistencia técnica a los poderes públicos del Estado provincial, siempre en el área especializada respectiva y sin que se afecte la autonomía municipal (art. 185). Y seguidamente en el art. 186 se crea el Instituto Provincial de Capacitación Municipal que tendrá los siguientes fines: “a) Estudio e investigación de temas municipales. b) Organización de cursos permanentes y transitorios de perfeccionamiento del personal que actúe en materia municipal. c) Organización de congresos municipales. d) Toda otra actividad tendiente al afianzamiento del régimen municipal, pudiendo por tal motivo vincularse con organismos similares del país o del extranjero. La reglamentación deberá prever la participación de autoridades municipales en la conducción de este organismo”.

Habíamos formulado esta propuesta de innegable trascendencia para la profundización de los estudios locales ya en nuestro “Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal”, publicado en 1977, antes citado y al informar este título en el debate legislativo, recordábamos instituciones similares en el derecho comparado y especialmente al Instituto de Estudios de Administración Local de España, donde cursamos estudios de posgrado en 1978 <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Véase el *Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba*, el Cap. VIII de las ediciones de nuestra obra *Derecho municipal*, además del informe presentado en la Cámara de Diputados, anteriormente citados.

El Título XII se refiere a las comunas y fue otro de los grandes cambios operados en el régimen municipal cordobés por la reforma constitucional de 1987. Dijimos al respecto en la Cámara de Diputados al informar este tema: “Se han jerarquizado las comisiones municipales o de fomento dándoles el carácter de comunas y por el artículo 194 de la Ley Suprema Provincial se ordenó a la Legislatura la reglamentación de este mandato para mantener el espíritu constitucional, hemos asegurado la autonomía comunal. Las comunas ciertamente no son lo mismo que los municipios, pero hemos indicado el reconocimiento de los mismos por su naturaleza sociológica y como creemos en la libertad de todo conglomerado humano, hemos apostado al reconocimiento de la autonomía comunal. Por eso esperamos que estos embriones de la vida local sirvan también, indiscutiblemente, a la libertad y a la democracia de Córdoba”<sup>12</sup>.

En el Capítulo I sobre Constitución de las mismas se destaca el art. 188 que indica que ellas podrán ser constituidas en las poblaciones estables de menos de 2.000 habitantes que no se encuentren comprendidas en ningún radio municipal. En cuanto al radio de la Comuna, como en los municipios, comprenderá la zona beneficiada por cualquier servicio municipal de carácter permanente más la zona aledaña de futura ampliación. Dichos radios se fijarán por ley, con un procedimiento también similar al de los municipios (art. 190).

En el Capítulo II sobre Autoridades y funciones se indica que las comunas serán gobernadas y administradas por una comisión de 3 miembros electos por el pueblo, que serán presidente, secretario y tesorero (arts. 192 y 193), con un mandato de 4 años pudiendo ser reelectos (art. 195). En cuanto a las funciones, el art. 197 efectúa una amplia enumeración en 9 incisos que pueden ser resumidos en el ordenamiento urbanístico y “todo otro servicio necesario para el normal desarrollo urbano” (inc. 1). Ello comprende por cierto un amplio ejercicio de poder de policía, como lo hemos sostenido reiteradamente.

En el Capítulo III sobre Asambleas, se distingue entre las ordinarias y las extraordinarias (arts. 205, 206 y 207).

---

<sup>12</sup> *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1990, sesión del 30 de octubre, pág. 3438. Posteriormente hicimos referencia al título en sus diversos capítulos, remitiéndonos por razones de brevedad a dicho debate.

En el Capítulo IV sobre Régimen electoral debe destacarse la creación de una Junta Electoral Comunal, con similares criterios a las existentes en las municipalidades y en reconocimiento a la autonomía comunal (art. 214).

En el Capítulo V sobre Recursos y administración de fondos resalta el art. 220 con una exhaustiva enumeración de los recursos de las comunas, a las que se reconoce un poder tributario amplio -aunque sin poder crear impuestos específicamente-, además de la coparticipación acordada en las leyes provinciales.

En el Capítulo VI sobre Intervención, disolución e institutos de democracia semidirecta merece particular consideración el art. 222 que dispone que las comunas podrán ser intervenidas por ley cuando concurren algunas de las siguientes causales: “1. Grave deficiencia en la prestación de servicios públicos. 2) Grave desorden administrativo, económico o financiero imputable a las autoridades. 3) Enajenación ilegal de sus bienes. 4) Acefalía total”. Dicha intervención no podrá durar más de 90 días.

El art. 225 prescribe la posibilidad del ejercicio de los institutos de democracia semidirecta también en las comunas. Más adelante señalaremos que este es otro de los aspectos donde se advierte una muy grave violación de las normas de la ley y de la Constitución Provincial, ya que hace años que no se permite la creación de nuevas comunas, por parte del gobierno provincial. Se trata una vez más de la “anomia” boba que nos caracteriza, como muestra de nuestra falta de una adecuada cultura constitucional y de la legalidad<sup>13</sup>.

El Título XIII sobre Disposiciones varias regula aspectos de importancia práctica como las Expropiaciones en el Capítulo I y el Cobro judicial, responsabilidad de los escribanos y sentencias contra el municipio en el Capítulo II.

---

<sup>13</sup> Véase la obra *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica* de la que somos coautores junto a Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, en base a un proyecto conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional -que presidíamos- y de Idea Internacional. En particular hemos analizado el concepto de anomia, recordando a Carlos Santiago Nino en su libro *Un país al margen de la ley*, donde estudia en profundidad esta trascendente cuestión y la caracteriza como “boba”, por sus efectos negativos y “antidemocrática”, ya que importa el desconocimiento de una deliberación y sanción democráticas de las normas.

Finalmente el Título XIV es de Disposiciones transitorias, donde destacamos el art. 235 que había fijado un plazo no mayor de 5 años para que el Poder Ejecutivo confeccione el mapa de los radios municipales. Ya nos referimos a este otro incumplimiento que ha traído no pocas consecuencias negativas para el régimen municipal cordobés, puesto que afecta gravemente a la seguridad jurídica en aspectos vinculados entre otros, al ejercicio del poder tributario y de policía.

Insistimos en sostener la *especial trascendencia* que significara la sanción hace 20 años de la Ley Orgánica Municipal N° 8102, en la configuración del régimen local cordobés, considerado uno de los más logrados del país, por su consagración de la autonomía municipal <sup>14</sup>.

En este aspecto, y en primer lugar, no se puede obviar que esta ley sirvió de *fundamental antecedente para la sanción de las cartas orgánicas municipales*, por parte de las ciudades de la Provincia. La primera en hacerlo fue la de Marcos Juárez y hasta la actualidad han sancionado además sus cartas orgánicas las ciudades de Almafuerite, Alta Gracia, Arroyito, Bell Ville, Córdoba, Carlos Paz, Colonia Caroya, Corral de Bustos, General Cabrera, Laboulaye, La Falda, Las Varillas, Morteros, Río Ceballos, Río Cuarto, Villa Allende, Villa Dolores, Villa María y Villa Nueva.

Por razones de brevedad, no podemos efectuar un análisis particularizado de los instrumentos sancionados, pero como reflexión general expresamos que las convenciones actuaron con un ponderable nivel de cultura política democrática y que alcanzaron importantes acuerdos para conseguir el valor más importante de una carta constitucional, que es la legitimidad <sup>15</sup>. Asimismo podemos advertir que el más importante antecedente de las cartas fue la Ley Orgánica Municipal que acabamos de

---

<sup>14</sup> Remitimos a nuestro artículo sobre “El régimen municipal cordobés”, publicado en la Revista de Derecho Público de Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Derecho Municipal, Tercera Parte, 2005, pág. 45 y ss.

<sup>15</sup> Un particular ejemplo de ello fue la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba, que de 160 normas tuvo 87 votadas por unanimidad, no obstante el alto número de miembros de la Convención Municipal Constituyente, 64, que representaron a 4 bloques políticos. Tuvimos el alto honor de presidir dicha Convención que cumplió la misión de colocar a Córdoba como la primera ciudad de más de 1.000.000 de habitantes de América Latina en tener su propia Carta Orgánica.

comentar y que en consecuencia, existe una cierta similitud entre dichas normativas, a lo que se suma una plena coherencia con las bases constitucionales establecidas por la Ley Suprema Provincial.

En segundo lugar, la trascendencia de la ley alcanzó al *resto del derecho municipal argentino*, pues ha servido de antecedente en la sanción de otras leyes orgánicas municipales, de la misma manera que la Constitución Provincial lo fue para otras leyes supremas provinciales.

En tercer lugar, estamos convencidos de que esta ley, además de reglamentar y concretar el *aspecto más relevante y destacado de nuestro constitucionalismo provincial*, que es para nosotros el régimen municipal cordobés junto a la parte dogmática de la Constitución Provincial, ha contribuido de manera incuestionable al adelanto y desarrollo de nuestras ciudades y localidades.

En este análisis de 20 años de vigencia de la ley, no podemos dejar de señalar las *violaciones que ha sufrido y que sufre el gran principio de la autonomía municipal que la inspira*, particularmente en los momentos actuales.

Nos hemos referido a ello en algunos trabajos nuestros <sup>16</sup>, a los que remitimos en razón de brevedad y donde señalamos entre otras leyes y actos inconstitucionales: la Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia N° 9206, la falta de creación de nuevas Comunas, la ley N° 8980 de utilización de dispositivos reguladores y controladores del tránsito y la ley N° 10.059 del Código de Procedimiento Tributario municipal unificado, entre otros ejemplos, que muestran el desconocimiento de la autonomía local en sus aspectos institucionales, fiscales y de poder de policía y que en consecuencia, afectan la plena vigencia de la ley N° 8102.

---

<sup>16</sup> Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Las violaciones a la autonomía municipal en Córdoba”, en *El Derecho, Constitucional*, del 22 de agosto de 2006, *Novedades del constitucionalismo provincial*, págs. 20/22 y los artículos periodísticos publicados en *La Voz del Interior*: “Las violaciones a la autonomía municipal en Córdoba”, de los días 13 de febrero, 15 de marzo y 20 de marzo de 2006; “La planificación urbanística, competencia municipal exclusiva”, de fecha 20 de agosto de 2007 e “Inconstitucionalidad de un proyecto del gobierno provincial”, en *La Voz del Interior*, del 23 de marzo de 2012, donde nos referíamos al proyecto de Código de Procedimiento Tributario Municipal Unificado, que luego fuera sancionado por la Legislatura como la ley N° 10.059, en este año 2012.

Sin poder desarrollar en esta oportunidad esta temática de extraordinaria importancia, sólo nos permitimos detenernos en el análisis de la primera de las leyes mencionadas, para fundamentar nuestra opinión.

En tal sentido, hemos escrito lo siguiente: “En general se advierte que esta ley no guarda coherencia con nuestra legislación municipal básica, pues no se adecua a los principios de la Constitución Provincial, que establece claramente la autonomía municipal, otra clase de regionalización y que en modo alguno autoriza la instauración de un nuevo nivel de gobierno entre los gobiernos locales y el provincial y la delegación de funciones que se establece a favor de las comunidades regionales.

Hay violaciones a la autonomía municipal, pues aunque en el art. 6° se indique que es voluntaria la pertenencia por parte de municipalidades y comunas, dicha conformidad no alcanza para legalizar esta superestructura de poder que afecta incuestionablemente a los gobiernos locales y que ha sido creada desde arriba, por ley inconstitucional de la Legislatura. Esta superestructura es una copia del sistema municipal español, no sólo muy distinto del nuestro, sino que además carece del grado de reconocimiento a la autonomía municipal que caracteriza a nuestra legislación a partir de la Constitución Nacional en su art. 123.

En cuanto a la regionalización prevista por el art. 175, de la lectura de la norma resulta palmaria la contradicción con los objetivos y funciones de las comunidades según los arts. 9° y 10. Si algo pretendía el texto constitucional era un estudio profundo e interdisciplinario para una regionalización que tuviese en cuenta una planificación estratégica para el desarrollo, mediante regiones o microrregiones o zonas que no se pueden compadecer con los distintos mapas de la provincia en materia judicial, policial o de salud ni tampoco con los departamentos, que son divisiones administrativas que provienen de la historia y que están más vinculadas con el sistema electoral y político de la Provincia.

Por otra parte no puede desconocerse el notable grado de desarrollo de las relaciones intermunicipales de Córdoba, ejemplar en el país, como hemos antes mencionado y que surgiera desde abajo, con pleno respeto de las autonomías locales.

La Constitución no autoriza la instauración de un nuevo nivel de gobierno entre la Provincia y las municipalidades y comunas ni de manera expresa ni implícita. En consecuencia la Legislatura no pudo haber sancionado esta ley de creación de estas comunidades, a las que se pretende

otorgar funciones y competencias que corresponden sólo a la Provincia y a las municipalidades y comunas. Es preciso recordar que la Legislatura es un poder constituido cuya misión es la de respetar los mandatos del poder constituyente y que en el Estado de derecho la incompetencia es la regla de los órganos estatales, pues siempre es necesaria la asignación de la competencia de manera expresa o implícita.

Asimismo también se ha violado la Constitución Provincial en sus arts. 13 y 185, al disponerse la delegación de funciones en las comunidades regionales en varios artículos como el 8º, 10 y concordantes de esta ley. En efecto, el art. 13 prohíbe la delegación de funciones en personas o poderes, “salvo los casos previstos en esta Constitución” y de ninguna manera nuestra Ley Suprema autoriza dicha delegación en estos entes, pues el art. 185 es expreso en mencionar a los municipios como aquéllos en los que puede delegar su poder de policía “en materias de competencia municipal en las zonas no sujetas a su jurisdicción territorial”.

En definitiva, aunque los legisladores de la mayoría mencionaron el art. 175 de regionalización, para tratar de revestir de constitucionalidad a la ley, lo que hicieron fue crear un injerto inconstitucional en el régimen municipal de Córdoba, como es la superestructura de las comunidades regionales, en flagrante desconocimiento de las normas y principios constitucionales citados.

Tampoco guarda coherencia esta ley con las otras normas básicas del régimen municipal cordobés como son la Ley Orgánica Municipal y las cartas orgánicas municipales. Es tan notorio ello que no existe referencia alguna a dichos instrumentos. Es casi como si no existiesen, lo que resulta gravemente sorprendente. Véase por ejemplo, que algunos de los títulos y textos de los artículos han sido tomados directamente de la Ley Orgánica Municipal como los relativos a la cooperación y la asistencia provincial, pero sin mención de dicha normativa.

Terminamos este comentario con una breve referencia al art. 24 de la ley, que dispone que todo conflicto normativo sobre la aplicación de la ley debe interpretarse y resolverse en beneficio de la presente ley. Debemos expresar al respecto que es una norma sin precedentes, que revela un desconocimiento de principios elementales de nuestro estado de derecho.

En consecuencia, estimamos pertinente la derogación de esta ley por las razones aducidas e insistimos en la pronta implementación de un pro-

ceso de regionalización acorde a los principios constitucionales de nuestra Ley Suprema Provincial”<sup>17</sup>.

Finalizamos esta exposición reiterando nuestra convicción sobre la imperiosa necesidad de cumplir estrictamente los principios autonómicos, libertarios y democráticos del régimen municipal cordobés, que emergen de nuestras leyes supremas provincial y de la Nación y que fueran desarrollados con especial acierto por la Ley Orgánica Municipal N° 8102, sancionada hace 20 años<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Confr. Antonio María HERNÁNDEZ, *El régimen municipal cordobés*, ob. cit. y el artículo periodístico.

<sup>18</sup> Ello sin perjuicio de realizar en el futuro algunas modificaciones tanto en la Constitución Provincial como en esta Ley Orgánica Municipal, a los fines de profundizar la autonomía local en nuestra provincia, tal como lo postulamos en el libro *Así no va más. Dictamen de la Comisión Consultiva de Expertos para la reforma político-electoral de la Provincia de Córdoba*, editado por las universidades Nacional y Católica de Córdoba, Córdoba (2008), del que somos coautores, en nuestro carácter de miembro de dicha Comisión. Tampoco podemos detenernos en esto, por razones de brevedad, remitiéndonos a la obra indicada.



## **HOMENAJE AL BICENTENARIO DEL NACIMIENTO DE DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO <sup>1</sup>**

### **SARMIENTO Y EL INSTITUTO DEL ESTADO DE SITIO <sup>2</sup>**

por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA

**SUMARIO:** I. Advertencia preliminar. II. Entre Ríos, 1870. III. Corrientes y Santa Fe, 1870. IV. Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, 1973. V. Santa Fe, Corrientes y Entre Ríos, 1973. VI. Mendoza, 1873. VII. Conclusiones

Debo iniciar, evocando en el año del bicentenario del nacimiento de Sarmiento, al maestro de América, el hombre que con la insobornable pasión de los elegidos, impulsó aquello por lo que había luchado toda su vida, la educación, el desarrollo de las comunicaciones en el país y la cultura de su pueblo, fundando incesantemente escuelas normales, tales como la anexa a los colegios nacionales de Corrientes y de Concepción del Uruguay, en 1869 y la Escuela Normal de Paraná en 1870, escuelas primarias en varias provincias, universidades, bibliotecas, academias, etc.

Recordamos que Sarmiento fue propuesto como candidato a la Presidencia de la Nación, por un grupo de políticos del país a iniciativa del coronel Lucio V. Mansilla, mientras se encontraba en los EE.UU. en las

---

<sup>1</sup> Actividad organizada por la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba durante el año 2011, en la que expusieron académicos de número de nuestra corporación.

<sup>2</sup> Disertación pronunciada en la Salón de Actos de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, en el marco del ciclo de conferencias en homenaje al bicentenario del natalicio de Domingo Faustino Sarmiento, el 26 de agosto de 2011.

elecciones nacionales de agosto de 1868, y asumió el cargo el 12 de octubre de ese mismo año.

Su mandato presidencial finalizó en 1874, transmitiéndole la presidencia a Nicolás Avellaneda, el 6 de agosto de ese año.

Una de sus primeras decisiones fue realizar una exposición de artes y productos nacionales en Córdoba.

Destacamos que las grandes creaciones de Sarmiento en Córdoba, entre otras, fueron: la Academia Nacional de Ciencias, el Observatorio Astronómico Nacional y la Oficina Meteorológica Argentina, además de, como ya se ha dicho, la Exposición Nacional.

Estimado señor presidente, colegas académicos, profesores, señoras y señores, antes de comenzar la exposición, permítaseme felicitar la iniciativa de las academias nacionales de Ciencias y de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de organizar, el ciclo de conferencias en memoria de Domingo Faustino Sarmiento, fundador de la primera, en el bicentenario de su nacimiento.

Ahora sí paso a exponer el tema que nos convoca, *Sarmiento y el Instituto del estado de sitio*.

## I. Advertencia preliminar

La presente investigación es parte de un trabajo mayor sobre la aplicación de esta medida excepcional durante el período 1853-1930, estudiando los alcances de su dictado en treinta y cuatro (34) oportunidades: una por ataque exterior, en 1865 treinta y tres por conmoción interior, doce por disposición de leyes del Congreso, veintidós por decretos del Poder Ejecutivo, diez para todo el país y veinticuatro por áreas, provincias o regiones determinadas.

En este trabajo se analiza la implantación de la medida excepcional de carácter político, exenta de control de los jueces: el estado de sitio, regulada en el artículo 23 de nuestra Ley Fundamental, que dispone: “*En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá*

*el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”, en el período entre 1870 a 1874, o sea durante la presidencia de Sarmiento.*

## **II. Entre Ríos, 1870**

El 11 de abril de 1870 cae asesinado en su Palacio San José el gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza.

Así ha descrito la escena, la romántica pluma de Beatriz Bosch: *“Apacible escenario hogareño. Vestido de blanco, Justo J. de Urquiza conversa en la galería del patio principal con el escribiente Juan P. Solano. El ministro Baltoré trabaja en el despacho, donde se ocupa también el abogado Julián Medrano. En el dormitorio conyugal Dolores Costa amamanta a su última niña. Le acompañan su madre, la hermana y una tía. Sus hijas Dolores y Justa, jóvenes de dieciocho y dieciséis años, tocan el piano en la sala; Flora, de diez; Micaela, de siete y Teresa, de cinco, las interrumpen con sus juegos. El maestro de música, el profesor de portugués y el capellán permanecen en sus habitaciones. El jardinero concluye sus labores. Siete sirvientas y dos mucamos inician los preparativos de la cena.*

*Es el lunes 11 de abril de 1870 a las siete y media de la tarde. El coronel Simón Luengo imparte las últimas direcciones para el asalto. Vera copará la guardia de treinta hombres, que a escasa distancia, obedece al capitán Miguel Míguez. Al único entrerriano -José María Mosqueira- le encomienda forzar la entrada. A los gritos de ¡viva López Jordán!, ¡muera el traidor Urquiza! penetran por el portal vecino a la capilla. En seguida al oficial de guardia Carlos Anderson.*

*Piensa Urquiza que el estrépito lo generan algunos troperos alegres. Puesto de pie, se encamina hacia el primer patio, mas pronto advierte las siniestras intenciones del tropel. Son los asesinos que tanto le anunciaron. Vuelve sobre sus pasos. Corre en busca de armas al mirador. Al descender, un grupo le corta la salida. Hay una corta lucha. Suenan cuatro o cinco tiros. Tal vez Luna dispara el de*

*gracia. La joven Dolores acude a sostener al padre cuando ya cae exánime. Por entre sus brazos, Coronel hunde con saña el puñal en el cuerpo del hombre que organizó el país. Sabida la muerte, la guarnición cercana se rinde.*

*Ribetes de tragedia clásica resaltan en la turbulenta escena. Nada falta: ni la grandiosidad del ambiente, ni la alevosía de los protegidos de la víspera, ni el airoso gesto femenino. A la misma hora caen inmolados en Concordia, Justo Carmelo y Waldino, víctimas de ensañamiento más brutal aún. Mariano Querencio capitanea allá a los insurgentes.*

*Luego registra la residencia. Se hace servir la cena en el comedor. El doctor Medrano consigue escapar por el jardín; monta a caballo y despacha avisos a Concepción del Uruguay. A la una de la madrugada, cuando ya la banda se retira, llegan Teófilo, el ministro Sagastume, el jefe político y otras personas. Conducen el cadáver a la ciudad, donde lo velan en casa de Victorica. Los médicos Lucilo del Castillo y Alejandro Forbes examinan el cuerpo, descubriendo cuatro o cinco heridas de armas de fuego. Estupor y desasosiego en el pueblo. Los chasques transmiten por las postas la horrenda noticia. “¡Ha muerto el padre de los entrerrianos!”, musitan entre abrazos y sollozos los viejos criollos”<sup>3</sup>.*

En la misma jornada del 11 de abril, López Jordán comunica la sublevación ocurrida, a los jefes departamentales de la provincia de Entre Ríos. Instó a guardar calma, a esperar órdenes y difundir estas noticias entre el vecindario.

El 12 de abril, el presidente de las Cámaras Legislativas de Paraná se hizo cargo, interinamente, del acéfalo Poder Ejecutivo de la provincia en armas. Nombró, en calidad de ministros a los doctores Eusebio Ocampo y a Vicente H. Montero.

El gobernador interino intenta un esfuerzo supremo para contener la situación. Reúne las divisiones entrerrianas destacadas en la campaña. Exige mantener el orden. Repudia el crimen. “*El ilustre caudillo que había sido respetado por las balas de cien combates, ha rendido su existencia al puñal de los enemigos*”.

---

<sup>3</sup> Beatriz Bosch, *Urquiza y su tiempo*, 2ª ed., Universitaria, Buenos Aires, 1980, págs. 712-713.

Pero nada puede evitar el triunfo de los rebeldes. La Legislatura reunida, con apenas doce de los veintitrés que componen el cuerpo elige, por amplia mayoría, gobernador provisional, al jefe del movimiento subversivo: Ricardo López Jordán. El presidente Sarmiento manifiesta su indignación en una encendida proclama al pueblo de Entre Ríos: *“Entrerrianos: la libertad no tiene por instrumento el puñal. Que todo entrerriano que sea honrado, que no sea en su corazón un asesino, sea parte de los que han cometido el crimen.*

*No deis oídos a sugerencias de ambiciones oscuras e ignorantes para quienes el odio es un principio, el crimen un medio”*<sup>4</sup>.

Las denuncias del vecino gobierno de Montevideo, alertando sobre los movimientos de tropas revolucionarias en las márgenes del río Uruguay, decide al gobierno nacional a destacar un Ejército de Observación *“que vigilará las costas del Uruguay”*.

Entretanto los entrerrianos, que rechazan toda forma de violación territorial, logran alistar un ejército de 12.000 hombres.

El 17 de abril, la provincia rebelde moviliza todas sus milicias.

Ese mismo día 17, el presidente Sarmiento reúne a su gabinete en pleno y a un núcleo de distinguidas personalidades, de relevante actuación en la política nacional.

Concurren Bartolomé Mitre, Adolfo Alsina, Emilio Castro, por entonces, gobernador de Buenos Aires, Carlos Tejedor, Nicasio Oroño, Manuel Ocampo, Roque Pérez, Mariano Acosta, etc.

Se resuelve aprobar el Plan de Operaciones del Presidente. Se invoca la ayuda de las provincias que concurren con armas y hombres. El 20 de abril de 1870, el Poder Ejecutivo Nacional desconoce a López Jordán como gobernador de Entre Ríos. Cinco días después lo declara *“rebelde”* y moviliza tropas nacionales.

El 2 de mayo *“atento el estado de conmoción interior en que se encuentra la provincia de Entre Ríos a causa de la rebelión de don Ricardo López Jordán contra el Gobierno Nacional”* y vistos los artículos 23 y 86 inciso 19 de la Constitución Nacional, el presidente Sar-

---

<sup>4</sup> Nerio ROJAS, “Presidencia Sarmiento, Vicepresidencia Adolfo Alsina (1868 - 1874)”, en *Historia Argentina*, t. IV, pág. 2893.

miento “*declara en estado de sitio la Provincia de Entre Ríos, mientras dure la rebelión armada don Ricardo López Jordán. Dando cuenta al Congreso*”<sup>5</sup>.

La Sala de Sesiones del Congreso de Buenos Aires aprobó el decreto en sus términos originales el 12 de agosto de 1870, imponiendo al gobierno nacional “*dar cuenta al Congreso del uso que hubiera hecho de las facultades que le confiere el estado de sitio, autorizado por el artículo anterior; tan luego como haya terminado la sedición que lo motiva, y en todo caso, quince días antes de cerrarse el actual período legislativo*”<sup>6</sup>.

La guerra era, pues, un hecho consumado.

El 21 de abril de 1870 el diario de Mitre sintetizaba lúcidamente, el espíritu de la hora. Dice “La Nación”: “*Una de dos: o el gobierno nacional reconoce que no puede el crimen erigirse en gobierno, o reconoce que el puñal es un medio constitucional de conquistar puestos públicos y de asumir la representación de las sociedades*”<sup>7</sup>. El enfrentamiento entre Buenos Aires y Entre Ríos fue largo, arduo y sangriento. Lo dirigió Emilio Mitre, a quien reemplazó luego, Juan Andrés Gelly y Obes.

El primer enfrentamiento armado fue protagonizado el 20 de mayo de 1870 en la batalla del Sauce donde las tropas jordanistas derrotaron las divisiones mandadas por el general Emilio Conessa que dirigía la invasión por el río Paraná.

Los tres ejércitos que mandaba la intervención, el de Emilio Mitre, el comandado por Emilio Conessa y el que dirigía Ignacio Rivas.

Pero López Jordán logra burlar el cerco y busca refugio en Concepción del Uruguay que domina sin dificultad.

El 12 de octubre, un nuevo encuentro en Santa Rosa significa un nuevo triunfo jordanista y una retirada por falta de municiones.

<sup>5</sup> Registro Nacional de la República Argentina, t. IV, pág. 132.

<sup>6</sup> Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1870, págs. 112-411-412 y ss.; *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1870, págs. 458 y 459.

<sup>7</sup> La Nación, 21 de abril de 1870.

En la batalla de Don Cristóbal, las tropas de López Jordán deben batirse en retirada ante la llegada de los refuerzos de Ignacio Rivas. El 18 de noviembre los sublevados toman Gualeguaychú e ingresan en territorio correntino. La decidida intervención del gobernador de Corrientes, Santiago Baibiene, que avanza desde el norte con un nuevo ejército, logra cerrar el cerco final sobre el caudillo. Derrotado en Ñaembe el 26 de enero de 1871, cruza el Uruguay al frente de 1.700 hombres y se interna en Brasil.

Sarmiento resumió la guerra con Entre Ríos en estas palabras: *“El movimiento de Jordán es el del caudillo con degüello y cuereo de vacas... Este anacronismo nos costará de cuatro a seis millones de pesos”*.

El 13 de marzo de 1871, Francisco Pico era nombrado interventor de Entre Ríos. Se normaliza la situación político-institucional de la provincia, desgarrada por un año de guerra civil. Se levanta el estado de sitio y se convoca a elecciones de legisladores y electores de gobernador.

El 14 de mayo de 1871 cesaba la intervención del gobierno nacional con la asunción en el mando de la provincia de su nuevo gobernador Emilio Duportal.

### III. Corrientes y Santa Fe, 1870

En plena rebelión jordanista y ante el fundado temor de que se produjeran nuevos conatos revolucionarios en el territorio de las vecinas provincias de Corrientes y de Santa Fe, las Cámaras del Congreso Argentino sancionaron el 5 de septiembre de 1870, “el estado de sitio por el término de sesenta días” en el territorio de las provincias de Corrientes y Santa Fe.

El texto de la ley 417, imponía, asimismo, al Poder Ejecutivo, la obligación de dar cuenta al Congreso *“en la apertura de sus sesiones, sobre el uso que hubiese hecho de las facultades que le confería la declaración anterior”* <sup>8</sup>, respecto de las provincias mencionadas.

---

<sup>8</sup> Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1870, págs. 550-551-552 y ss.; *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1870, pág. 760 y ss.

El tema tratado en la cuadragésima séptima reunión ordinaria de las cámaras de ese año de 1870 convocó la presencia del ministro del Interior quien presentó un informe contundente: *“Hace un año y medio que se hizo la paz en Corrientes; pero el gobernador de aquella provincia manifestó al gobierno nacional que no podía conservar el orden porque no tenía siquiera una policía de 200 hombres armados; y que eran tales los grupos de soldados dispersos que habían quedado por los campos, que probablemente acabarían con el gobierno si no había una fuerza para disolverlos. Entonces el P.E. acordó darle de eventuales una subvención de 2,000 pesos fuertes. Con eso han mantenido una policía de 200 hombres para conservar el orden, lo cual ha conseguido con muchísima dificultad.*

*Este año fue preciso hacer cesar esa mensualidad de 2.000 pesos que gravaba mucho á los eventuales y á otros ramos del presupuesto. A consecuencia de eso principiaron otra vez los partidos de Cáceres; pero han aparecido de una manera más pública y en mayor número, declarándose la guerra al Gobierno de Entre Ríos. No era el General Cáceres el que se movía anteriormente, porque después hemos sabido por informes fidedignos que el General Cáceres nunca se movió de su casa; pero eran los agentes de él los que se habían movido y los que están hoy día por voltear al Gobierno y los que han hecho sublevar á dos escuadrones de G.N. hiriendo á su jefe hasta que el Gobernador fue con alguna fuerza y dominó á los amotinados.*

*Es en presencia de estos hechos que obligan al Gobernador de Corrientes á estar armado, porque como he dicho antes hay muchos grupos de soldados con oficial es á la cabeza que amenazan constantemente el orden, es en presencia de esta circunstancia unida á la noticia de que el Coronel Gallo estaba á una corta distancia de la frontera y de que se había movido con dirección á la provincia de Corrientes, que el Gobernador de Corrientes había armado y estaba con 2 ó 3.000 hombres en Curuzú-Cuatiá para prevenir alguna invasión y perseguir las montoneras que andan perturbando el orden. Por consiguiente, el Gobierno Nacional cree que si la Provincia de Corrientes, no está convulsionada, está amenazada de una convulsión, porque hace mucho tiempo que andan por allí diversos grupos de desertores con oficiales á la cabeza que no quieren someterse á la obediencia del Gobierno.*

*En cuanto á la Provincia de Santa Fe casi sucede lo mismo. Se ha ido á buscar los batallones de allí, esa noche fueron como á despedirse algunos hombres de Santa Fe y se desertaron 80 hombres. Había una guardia en el Diamante para custodiar que no pasase nadie por ese punto, pero los soldados tuvieron otra visita y todos ellos se han desertado. Y ¿para qué ocultar, señor Presidente lo que verdaderamente sucede? El señor Gobernador Cabal tiene en Santa Fe infinitos enemigos, y estos enemigos, creemos que son capaces de unirse con cualquier poder que amenace voltearlo. Además, hoy día son conocidos como amigos de López Jordán todos los enemigos del señor Cabal. Por consecuencia es fuera de duda que la Provincia de Santa Fe está amenazada de una convulsión, mucho más cuando el señor gobernador de Santa Fe anuncia que hay una porción de desertores encabezados por sargentos que recorren la provincia, desertores que se unen á otras partidas que se ocultan en sus casas.*

*Además de eso, la provincia de Santa Fe está muy próxima á la de Entre Ríos y es muy fácil pasar de una Provincia a otra, como ha sucedido efectivamente con 80 ó 100 hombres que se han trasladado por las islas por donde están pasando continuamente los desertores de López Jordán. Así pues, tratándose de una Provincia tan importante como la de Santa Fe, en esta circunstancia está completamente perdido el Gobierno sino se le favorece con las facultades que le da el estado de sitio. Probablemente bastará con que se sepa que tiene esa facultad, y no será preciso acaso proceder contra ningún hombre; pero ya se sabe que puede proceder contra los que perturben el orden y esto bastará para que los enemigos del señor Cabal tengan un poco de más prudencia.*

*Debo hacer también presente á la Cámara que en estos momentos se está por definir la cuestión de Entre Ríos, porque tal vez en esta (4 semana se dé una batalla decisiva, y es preciso estar en guardia porque si ella nos es adversa, sin duda alguna la provincia de Santa Fe se sublevará, así es que el P.E. cree que en estas circunstancias la Cámara no puede trepidar en acordar la autorización que se le pide”<sup>9</sup>.*

---

<sup>9</sup> Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1870, pág. 552 y ss.

Se opuso el diputado por Corrientes, Justo, que recordó a sus pares los enormes gastos en capital y en hombres que había empleado la Nación para sofocar el levantamiento entrerriano.

*“El 18 de abril cuando se recibió la noticia del asesinato del General Urquiza, el Gobernador de la Provincia tomó las medidas necesarias y puso sobre la frontera 6.000 hombres, 3.000 que tenía el gobierno de la República en Entre Ríos y 3.000 que habían organizado allí. Con estos elementos la revolución hubiera podido ser dominada en el acto; pero una grande incuria por parte del P.E. Nacional que tuvo la triste habilidad de esterilizar todos estos preciosos elementos, hizo fracasar el. Además, la Nación según datos oficiales ha gastado ya 1.500.000, sin incluir los gastos de proveeduría, sin incluir los 2.000.000 de pesos que el Congreso ha votado para el mantenimiento de 5.000 hombres armados que el P.E. debe tener siempre disponibles.*

*Cargue, pues, con la responsabilidad de la actualidad el P.E. de la República salvando el Congreso la suya”* <sup>10</sup>.

Y agregó, en medio de los aplausos de la barra: *“... en adelante atienda un poco mas á esa Guardia Nacional en la Provincia de Corrientes llamada al servicio de la autoridad nacional, la cual á pesar del mal tratamiento que se le ha dado, ha sido castigada muy severamente, pasando por las armas á varios soldados. Yo pido, pues, un poco más de respeto por la Guardia Nacional, ya sea de Corrientes, de Santa Fe ó de Buenos Aires, porque cuando el Gobierno de la Nación no paga á esos soldados los sueldos que les debe, cuando no los viste ni los mantiene, como debe, siembre el germen de la desmoralización en sus filas y pierde el derecho de castigar con la vida á los que desertan de sus filas”*<sup>11</sup>.

Le contestó, al punto, el ministro del Interior, defendiendo la actuación del general Gelly Obes y la del propio Gobierno Nacional: *“Así que se declaró la revolución de López Jordán, el P.E. nombró á un General de los de reputación más bien conocida, para la provincia de*

---

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Ídem.

*Corrientes. Este General reunió las milicias y fue autorizado para gastar los dineros que creyese necesario, y se mandaron hacer vestuarios con toda presteza. Sin embargo ese general escribía continuamente á los hombres conocidos que estaba sufriendo deserciones todos los días. Así es que no pudo absolutamente formar cuerpos hasta que trajo 2.000 hombres sobre la Concordia. A estos 2.000 hombres se les ha vestido, se les ha armado y se les ha pagado. Por consecuencia no se puede decir que no están pagos, por que el General libra órdenes por las cantidades que necesita y lleva ya gastados 1.500.000 pesos. Si no se ha podido mover el ejército como lo desea el señor diputado, es que no eran soldados, y porque en la provincia de Corrientes había elementos de disolución muy considerables que impedían la formación del ejército”* <sup>12</sup>.

Precisó, a continuación, sobre la más grave acusación que le formulara el representante de Corrientes: *“En cuanto á los fusilados, ese fusilamiento fue efectuado á consecuencia de un escándalo de sublevación hecho por varios soldados reunidos en los mismos cuarteles; pero no ha sido el General Gelly quien ordenó el fusilamiento, que como sabe el señor Diputado fue hecho por los mismos soldados”* <sup>13</sup>.

Notable fue la intervención del diputado Mármol, analizando la oportunidad de la declaración del estado de sitio y las facultades otorgadas al propio instituto, por el art. 23 de la Constitución Nacional: *“La comisión se ha colocado en el terreno de la necesidad de establecer el estado de sitio en Corrientes y Santa Fe, dando por razón de esa necesidad el que hay algunos desertores en la Provincia de Santa Fe, que andan corriendo los campos, y que hay síntomas de conmoción en la Provincia de Corrientes. Este terreno le pareció cómodo al señor Ministro del Interior, y en él se colocó también; andan soldados desertados con sargentos á la cabeza corriendo los campos.*

*Es posible que si hay una derrota en Entre Ríos, haya conmoción en Corrientes y en Santa Fe. Este es el terreno práctico en que se ha colocado el señor Ministro del Interior. Yo no descenderá á*

---

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Ídem.

*este terreno de la constitución y voy á establecer como es una costumbre la proposición que he de sostener.*

*Entiendo, señor, que el Congreso ó el Gobierno en su caso, no pueden poner en estado de sitio, á estar al tenor de la Constitución que nos rige, sino el punto de la Provincia donde la insurrección se declare. Este es el terreno á que llamo la atención del señor Ministro y de la comisión; ellos creen que puede ponerse una ó más provincias, por el hecho de aparecer en ellas la insurrección, en estado de sitio, es decir sostienen que porque haya una insurrección en una provincia, pueden ponerse 3 ó 4 en estado de sitio. Siguiendo el rigorismo de la lógica, el absolutismo del principio que sostienen, tienen que llegar á esta conclusión: si hay algunos desertores que andan recorriendo los campos con sargentos á la cabeza, si hay amigos de López Jordán por allí, pongamos en estado de sitio á todas las provincias. Esta es su doctrina.*

*Es verdad que la Constitución por regla general dice: el Congreso ó el P.E. cuando el Congreso no se halle funcionando, podrá poner en estado de sitio uno ó más puntos de la República donde hay insurrección.*

*Esta es la regla general, es decir, si la insurrecciones en uno, dos ó tres puntos pueden ponerse en estado de sitio. Esta es la regla, y la prueba de que es la regla, es que viene la limitación de ella en el artículo 23 de la Constitución...*

*La provincia donde existe la perturbación dice, la Provincia, en singular. Si fueran dos, tres ó cuatro provincias donde la perturbación se hubiese hecho sentir, la Constitución dice que en todos esos puntos debía ponerse el estado de sitio. Por consecuencia la mente de este artículo es ésta: allí donde por los medios ordinarios no puede ejercer su acción impedida por actos de resistencia, allí puede poner el estado de sitio. De lo contrario vendría á resultar un caso que ni las leyes ni los legisladores podrían adoptar nunca, y es que la disposición constitucional que garante á todos los habitantes del país contra todo acto arbitrario, sería un absurdo completo, puesto que, por haber una insurrección en el extremo Norte de la República, el P.E. podría poner en estado de sitio el extremo Sud”<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup>Ídem.

Le contestó el ministro de Justicia defendiendo la interpretación del Poder Ejecutivo: *“... yo llamo la atención sobre las consideraciones que se han emitido respecto de la naturaleza de esta facultad del estado de sitio. Esta facultad corresponde á. la tradición del gobierno y á la suspensión del habeas corpus inglés. A este respecto todos los juriconsultos norte-americanos como ingleses, principiando por Gladstone, dice que esta es una facultad preventiva dada especialmente para prevenir los peligros; y esto por una razón muy sencilla que el señor diputado no podrá contradecir porque cuando la revolución ha levantado su pendón, cuando es preciso rechazar la fuerza con la fuerza de las armas y se toma a los rebeldes y sediciosos por la fuerza, entonces se les entrega al competente para que les aplique la pena que designan las leyes. Así es que desconocer que la facultad del estado de sitio es una facultad preventiva, es desconocer su naturaleza, es desconocer que ella se da para evitar los grandes peligros, para evitar que los que conspiran puedan reunirse y causar grandes males. Así la facultad del estado de sitio es para ejercerla precisamente con los que simpatizan con la revolución, con los que pueden ofrecerles recursos o enviarle auxilios a fin de evitar que su acción perniciosa no pueda hacerse sentir. Es sólo con este objeto que han ejercido esta facultad todos los gobiernos, tanto los de Europa como los de América.*

*Podría agregar señor Presidente, algunas otras consideraciones sobre este mismo punto; pero ciñéndome al texto literal de la Constitución, al texto de los mismos artículos leídos por el señor Diputado por Buenos Aires, el estado de sitio no sólo debe declararse en el punto donde se ha experimentado la perturbación del orden. A este respecto es un hecho resuelto por la legislación y jurisprudencia norte-americanas que la amenaza de peligro eminente importa tanto como el hecho mismo para el ejercicio de esta facultad. Es por eso que la Constitución -dice- movilizará las milicias para repeler invasiones; y las leyes de 792 y 874 reglamentaban esta prescripción de la Constitución confiriendo ciertas facultades al P.E., por ejemplo, la de movilizar las milicias á objeto de repeler invasiones, ó cuando hubiera peligro eminente de tales invasiones. Y yo digo, señor Presidente, que si fuera necesario que el enemigo pisara nuestro territorio material y positivamente, para repeler la invasión, entonces querría decir que la Constitución habría privado*

*a este país y a su gobierno de los medios más eficaces de defensa, y por consecuencia, que había querido que toda guerra fuese en su propio territorio y no sobre la frontera, puesto que no podría evitar que el enemigo pasase de sus límites. Pero la Constitución, señor, al estatuir en esta materia, sólo ha establecido que el peligro sea eminente, no un peligro caprichoso y arbitrario sino un peligro declarado por las autoridades constitucionales á quienes compete discernir sobre el ejercicio de esa facultad.*

El señor Diputado por Buenos Aires nos argüía con el texto de la Constitución, y es allí donde debo descender con más respeto.

*La Constitución, señor Presidente, se ha ocupado entres pasajes distintos del estado de sitio, y en cada una de estas ocasiones se ha ocupado en formas distintas de corresponder perfectamente á un objeto dado.*

*En la primera parte de la Constitución en que se trata de las Declaraciones, Derechos y Garantías, se habla del estado de sitio para determinar que él afecta las garantías individuales consagradas en esa parte. Pero cuando se quiere entrar en otras averiguaciones respecto del Estado de sitio, cuando se quiere saber á quien compete ejercer las facultades que confiere y cuál puede ser el territorio y los lugares sometidos á la acción de esta facultad, es en otra parte de la Constitución donde debemos buscar la solución a la pregunta. Y esa solución, señor, se encuentra terminante en el artículo 19, inciso 16, y en el artículo correspondiente á éste de las atribuciones del P.E. cuando se trata de determinar a quien compete ejercer la facultad del estado de sitio”<sup>15</sup> y pasando al terreno de la praxis, agregó: “Desde que la revolución de Entre Ríos asumió ese carácter, venían indicaciones de todas partes, indicaciones partidas de los hombres y de los sucesos induciéndole a que hiciera extensivo el estado de sitio á la Provincia de Entre Ríos. Digo, señor Presidente, que estas indicaciones partían no solamente de los hombres sino de los sucesos, porque apenas se conocieron las tendencias lo propósitos de la revolución en Entre Ríos, el P.E. dio su primer decreto movilizandando las milicias de Santa Fe y Corrientes. Todos los Diputa-*

---

<sup>15</sup> Ídem.

*dos lo recordarán, porque ha sido un hecho muy característico: apenas hubieron pasado 3 ó 4 días, supimos todos con sorpresa que el enemigo, anticipándose á la acción del Gobierno Nacional, ya se había puesto en armas. Esta es la manifestación más elocuente de lo que pueden hacer nuestras palabras en presencia de hechos que si se dejan consumir ya son inevitables”* <sup>16</sup>.

En el cuarto intermedio que se suscitó, aguardando la presencia del ministro de Guerra se trató un proyecto de ley que creaba el ejército de reserva de 5.000 hombres, cuya composición, el ministro de Guerra explicó: *“La formación de este ejército el P.E. lo piensa hacer con los piquetes veteranos que hay en la República, pasando los Guardias Nacionales de cada Provincia á llenar los vacíos que esos piquetes dejen en las fronteras respectivas. El monto de esos piquetes veteranos según los informes que he recibido, alcanzarán á 1.500 hombres. El P.E. realizará también su idea por medio del enganche y del reclutamiento, completando el resto por medio de la movilización de U’ la Guardia Nacional, movilización que se hará en la forma constitucional acostumbrada”* <sup>17</sup>.

Afirmó, también, que la inmediata integración del Ejército de veteranos se haría *“... con el reclutamiento y el enganche y con las milicias de Córdoba y especialmente de Santiago del Estero, que según las noticias que tiene el gobierno son las que están más militarizadas y que por consiguiente son las que pueden ofrecer más prontamente el servicio que el P.E. necesita”* <sup>18</sup>.

Finalmente se aprobó la creación del Ejército de Reserva de 5.000 hombres integrado por enganchados voluntarios “o por los otros medios que las leyes establecen y a la movilización de la Guardia Nacional en las Provincias que crea conveniente”.

Por su parte, la Guardia Nacional, movilizada en virtud de la expresa autorización del proyecto, ya convertido en ley, sería licenciada, apenas sofocada la rebelión entrerriana.

---

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> Ídem.

Con tal despliegue de fuerzas, el Ejército de Operaciones del Gobierno Nacional logró aplastar completamente las últimas montoneras de la revolución jordanista.

#### **IV. Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, 1873**

El 1 de mayo de 1873, Entre Ríos se convertía en el doloroso escenario del segundo levantamiento del coronel Ricardo López Jordán.

El gobernador de Entre Ríos, Leónidas Echagüe pidió ayuda al Gobierno Nacional.

El presidente Sarmiento, con el acuerdo de los ministros Luis L. Domínguez, Carlos Tejedor, Nicolás Avellaneda y Martín de Gainza, “*considerando el estado de guerra en que se encuentra la Provincia de Entre Ríos y la amenaza que ésta hace pesar sobre la situación de las dos provincias limítrofes de Santa Fe y Corrientes decretó el estado de sitio en las provincias de Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe por el término de tres meses, previendo, asimismo, el sometimiento del decreto, para su posterior aprobación, al Congreso de la Nación*”<sup>19</sup>.

Esta vez no fue necesario el envío de comisionados federales, pues los poderes provinciales se mantenían y el general Julio de Vedia y los coroneles Luis María Campos y Juan Ayala, que dirigían las divisiones federales que invadían la provincia, representaban la autoridad nacional.

El propio ministro de Guerra, coronel Martín de Gainza, comandó el fin de la campaña, que concluyó en la batalla de Don Gonzalo, librada en diciembre de 1873, donde López Jordán cayó derrotado y el ministro alcanzó los galones de general.

En medio de la campaña librada contra los jordanistas, el propio presidente Sarmiento se trasladó a Entre Ríos.

A bordo del buque de guerra “Emilia”, arribó a Rosario el 15 de noviembre de 1873, y frente al general Teófilo R. Iuanowsky probó las nuevas ametralladoras que había recibido de Europa.

---

<sup>19</sup> Registro Nacional de la República Argentina, t. IV, pág. 224.

Cuatro días después, repetía la experiencia frente a los muros de la Escuela Naval -por él mismo creada, en el mes de junio de 1870- que le habían sido señalados como los más recios de la ciudad.

Era evidente el propósito intimidatorio. Un mes después lograba su objetivo y López Jordán huía a Uruguay. Entre tanto, el decreto del presidente, estableciendo el estado de sitio en las provincias, era presentado, para su aprobación a las Cámaras del Congreso Nacional, en la sesión ordinaria del 19 de mayo de 1873, siendo aprobado por unanimidad <sup>20</sup>.

Mayor discusión generó en las cámaras el proyecto del Poder Ejecutivo que autorizaba la movilización de dos mil guardias nacionales en la provincia de Corrientes y mil en la de Santa Fe, a la par que preveía la movilización de veinte mil hombres más *“para atender con ellos a sofocar la rebelión que ha estallado en la Provincia de Entre Ríos”*... *“por todo el tiempo que dure la pacificación de las Provincias que se hallan en estado de guerra”* <sup>21</sup>.

El proyecto, que fue finalmente aprobado contó con un decidido explícito defensor, Guillermo Rawson, quien precisó con agudeza las características de la revolución jordanista y las necesidades del Gobierno Nacional: *“Ese movimiento que se hace sentir es social; político, quizás sea bélico dentro de poco en las diversas provincias y las diversas localidades de la República. Esta rebelión es de tal importancia que reclama perentoriamente medios eficaces para sofocarla ¿y cómo vamos a atender á la frontera que es una obligación permanente y que no podemos desamparar, porque está allí la riqueza y la vida misma de los argentinos? ¿Cómo vamos a desempeñar todas estas funciones con sólo veinte mil hombres, que sean seis ú ocho mil guardias nacionales que se consideren suficientes -diez mil que digamos- repito que según se necesita diez mil hombres para guardar la frontera y para el servicio ordinario, y para una guerra- dado el caso de una rebelión, como la de Entre Ríos, como decía el señor diputado por Buenos Aires, no tenemos sino doce mil hombres. Necesitamos más de doce mil hombres para hacer frente a la guerra de Entre*

---

<sup>20</sup> Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1870, págs. 49-53-56; *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1873, pág. 62 y ss.

<sup>21</sup> Congreso Nacional, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1873, Sesión del 19 de mayo de 1873, pág. 63.

*Ríos. Yo comprendo que necesita veinte mil hombres para atender á las diversas exigencias militares de la República, sea en el interior ó en cualquier punto donde se levanten elementos bélicos. Y debo agregar otra cosa. No olvidemos la índole de nuestra raza. No olvidemos que en esta regiones las guerras civiles casi una necesidad social. Cuando el cúmulo de riqueza que ha obtenido la República en pocos años, cuando tenemos una perspectiva tan risueña, tan grandiosa, tan sorprendente, no sólo para nosotros sino para todo el mundo, tenemos que detenemos en este camino para sofocar estos instintos bélicos. Debe ser que esos instintos son inherentes á nuestro carácter, y como prueba de ello, tenemos el hecho de que treinta y seis individuos han sido degollados y lanceados en Entre Ríos desde el 1° de mayo hasta la fecha. No ha sido bastante para detener el brazo de esos hombres y llevar á su corazón el sentimiento del reproche para sus propósitos, que dudo mucho que en el resto de la República, donde desgraciadamente existen elementos análogos, que no se sienten conmovir también, sobre todo, si obtiene el enemigo alguna ventaja en su primer curso. Entonces es preciso no olvidar que debemos tener los medios adecuados y prontos par ocurrir allí donde fuere necesario en el interés de sostener el brazo de la autoridad para reprimir movimientos análogos”* <sup>22</sup>.

*“Cuando el Congreso diga veinte mil hombres están dispuestos á marchar contra López Jordán, hoy ó mañana ó cualquier día, después de un término cualquiera, estas rebeliones han de quedar aplastadas bajo el peso de la Nación”*<sup>23</sup>.

Palabras que pintaban con crudo realismo la situación del país en la segunda mitad del siglo XIX.

## **V. Santa Fe, Corrientes y Entre Ríos, 1873**

El 14 de octubre de 1873, entendiendo el Poder Ejecutivo Nacional que continuaba vigente “*la situación que motivó el estado de sitio en*

---

<sup>22</sup> Ídem, pág. 64.

<sup>23</sup> Ídem, pág. 65.

*las provincias de Santa Fe, Corrientes y Entre Ríos establecido por decreto del 3 de mayo y aprobado por ley del 7 de junio*” decretó, el estado de sitio en las provincias mencionadas por el preciso término de noventa días.

Algunos autores han argumentado que esta medida constituye tan sólo una prórroga de la declaración anterior cuyo término ya estaba vencido.

Creemos que se trató de una nueva declaración de estado de sitio, durante cuyo transcurso se llevaron a cabo las operaciones militares que concluyeron con la derrota de Ricardo López Jordán en la batalla de Don Gonzalo el 9 de diciembre de 1873 vencido por el Ejército Nacional que operaba a las órdenes de Martín de Gainza cuyos despachos de general sobre el campo de batalla, los debió, justamente, a este combate.

## **VI. Mendoza, 1873**

El 29 de septiembre de 1873, tropas nacionales leales al coronel Ignacio Segovia, acantonadas en Mendoza se levantan apoyando a éste, en la solución del pleito político que por motivos electorales, mantenía el jefe rebelde con el gobernador de la Provincia, Villanueva. Tres días más tarde, es decir el 2 de octubre de 1873, mientras el presidente Sarmiento hacía marchar sobre Mendoza contingentes militares de la Guardia Nacional, el Congreso declaraba “en estado de sitio” a todo el territorio de la provincia cuyana.

La ley en cuestión, N° 650, fijaba su propio término de duración “*el 1° de noviembre próximo*”, término, de todos modos que no fue preciso ampliar, pues los contingentes rebeldes fueron rendidos en Luján, huyendo el coronel insurrecto a Chile.

De este modo concluyó el establecimiento del primer estado de sitio en Mendoza.

## **VII. Conclusiones**

Tal como lo señalamos precedentemente, en nuestra historia política y constitucional se utiliza la expresión “*estado de sitio*”, por primera vez, en la Constitución Nacional de 1853.

Recordemos que el objeto principal del estado de sitio, es la defensa de la Carta Magna y de las autoridades constituidas.

El estado de sitio se otorga para preservar las instituciones de la Republica.

La norma del art. 23 de nuestra Carta Fundamental, requiere causas claras y precisas para que este instituto sea procedente: a) conmoción interior o b) ataque exterior. Dichas causas deben constituir situaciones graves y peligrosas para el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella.

Satisfechos los requisitos, citados anteriormente, esta medida de emergencia puede declararse en la provincia o territorio, donde exista la perturbación del orden. Y puesto en vigencia, quedan suspensas las garantías constitucionales, en el lugar o territorio donde exista la causa que lo motivó.

Las garantías suspendidas con la declaración de este remedio excepcional, son todas las que preservan las garantías constitucionales, ya sean las que se encuentran en relación inmediata con las personas, como las que se refieren a las cosas y bienes de ellas.

En la forma reglada por la Ley Suprema, el estado de sitio, no es sólo un remedio represivo, sino que también debe aplicarse como medida preventiva, cuando la conmoción interior o ataque exterior, sea un hecho cierto e indiscutible. Así lo interpretó inequívocamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia dictada en el caso Alem, al pronunciar: *“El estado de sitio es una arma extraordinaria que la Constitución ha puesto en mano de los poderes públicos de la Nación, para que en épocas también extraordinarias, puedan defenderse de los peligros que amenacen tanto a la Constitución como a las autoridades que ella crea”*.

El estado de sitio es una medida excepcional, limitada y precisa que la Carta Magna ha colocado, exclusivamente, en manos de los poderes políticos de la Nación (arts. 23, 61, 75 inc. 29 y 99 inc. 16) para los casos contemplados en las situaciones de emergencia previstas por el referido art. 23.

Como hemos visto, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento hubo cinco declaraciones de estado de sitio: Entre Ríos, 1870; Corrientes y Santa Fe, 1870; Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, 1973; Santa Fe, Corrientes y Entre Ríos, 1973 y Mendoza, 1873.

Ninguno de los proyectos mencionados pasó para su discusión a la Cámara de Senadores y, por ende, no fueron convertidos en ley.

Es deseable, la reforma al art. 23 de la Constitución Nacional para establecer un término limitado para la declaración del estado de sitio, que podría ser renovado por otro igual, si subsisten las causas que lo originaron.

\*\*\*

## **SARMIENTO CONSTITUCIONALISTA \***

POR ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

Señor presidente de la Academia Nacional de Ciencias, señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señores académicos, señoras y señores. Con toda razón el señor presidente de la Academia de Derecho acaba de señalar la importancia que tiene el bicentenario del nacimiento de don Domingo Faustino Sarmiento, por lo que ha sido de indiscutible justicia esta celebración conjunta que hacen ambas academias nacionales de Córdoba. Tengo que agradecer que se me haya distinguido con la posibilidad de hacer uso de la palabra en este homenaje. Para mí ha sido un intenso placer espiritual el estudiar con mayor detenimiento estas cuestiones vinculadas a una de las personalidades más importantes que ha tenido no sólo Argentina, sino la América toda.

No por casualidad el vicepresidente de la República Carlos Pellegrini, al recibir sus restos mortales que venían desde el Paraguay, expresó que tuvo el cerebro más poderoso que haya producido la América. Más allá de esto, resulta evidente que fue un extraordinario hombre de pensamiento y acción, con una personalidad multifacética, a la que se le puede aplicar la frase de Terencio, de que nada de lo humano le fue ajeno.

Uno queda deslumbrado ante la energía sin límites de este hombre, cuya fuerza espiritual fue desmesurada y cuya capacidad de trabajo fue

---

\* Exposición en sesión especial del 16 de septiembre de 2011.

verdaderamente impresionante, como lo acreditan sus *Obras Completas*. Integra junto con otros próceres, la primera línea del Partenón de nuestra República. Y es una expresión superlativa de un político y hombre de Estado con mayúsculas, ya que como pocos respondió al concepto de Ortega y Gasset al respecto, expresado en su ensayo sobre Mirabeau, en el sentido de que para ello hay que tener una extraordinaria capacidad de pensamiento unida a una extraordinaria capacidad para la acción.

Ya en relación al tema de nuestra conferencia, nos preguntamos en primer lugar si puede asignársele la calidad de constitucionalista. Hubo dos personalidades que lo negaron: Vicente Fidel López -que integrara con él la Comisión Revisora de 1860 por la Provincia de Buenos Aires- y Juan Bautista Alberdi, con los que tuviera agrios enfrentamientos y en particular con el último. Pero, en cambio, sostuvieron lo contrario la gran mayoría de los que conocieron o estudiaron este aspecto de la personalidad del sanjuanino. Y en primer lugar debe recordarse a Dalmacio Vélez Sársfield, de cuya autoridad jurídica no puede dudarse, que además compartiera en no pocas oportunidades sus opiniones en esta materia, especialmente con motivo de la reforma constitucional de 1860. También debe mencionarse especialmente en tal sentido a Bartolomé Mitre, entre otros destacados hombres públicos de su época. Posteriormente, quienes se ocuparon de este tema llegaron a esa conclusión, entre los que mencionamos a Rafael Bielsa, Clodomiro Zavalía, los tres Orgaz: Raúl, Alfredo y Jorge, Ricardo Rojas, Alberto Rodríguez Galán, Segundo V. Linares Quintana, Natalio Botana y en especial Alberto G. Mosquera y Dardo Pérez Guilhou con su libro *Sarmiento y la Constitución*, publicado en 1989. Por nuestra parte, también nos sumamos a esta opinión mayoritaria, por las siguientes razones: su relación con el derecho constitucional en las distintas etapas de su vida, su formación política y constitucional, sus obras escritas y su prolongada actuación como hombre de Estado.

Pérez Guilhou en su excelente obra citada señala 4 etapas de su vida como constitucionalista:

1) La “preconstituyente” que abarca desde 1841 a 1859 y que comprende desde el alcance de su madurez intelectual, hasta los viajes por Europa y Estados Unidos -país éste que ejerciera una enorme influencia en su pensamiento-, su actitud frente a la Convención de 1853 y su actuación en Buenos Aires como senador provincial, concejal y profesor de Derecho Constitucional. En este período aparecieron importantes obras de su autoría como *Facundo*, *Recuerdos de Provincia*, *Argirópolis*,

*Comentarios a la Constitución, Las Ciento y Una y la Crítica al Proyecto de Alberdi.*

2) La etapa “constituyente” de 1860 con su destacada presencia en la Convención provincial de Buenos Aires de dicho año y luego en la Convención Nacional Constituyente de Santa Fe, que produjo la trascendente reforma de la Ley Suprema Federal, de la cual fue el más importante artífice.

3) La etapa de “ejecutor e intérprete de la Constitución” desde 1851 hasta 1879, donde desempeñara las funciones de gobernador de San Juan, embajador ante los Estados Unidos, presidente de la República y senador de la Nación.

4) La etapa de “crítica a las ideas y prácticas constitucionales”, desde 1880 hasta su muerte en 1888, que abarcara su nueva candidatura presidencial y su obra *Conflictos y armonías de las razas en América*.

Esto demuestra que tuvo una profunda vocación constitucionalista, ejercitada a lo largo de toda su vida pública.

En cuanto a su formación política y constitucional, también destaca Pérez Guilhou que Sarmiento tuvo como sus fuentes las obras clásicas de su época, facilitado ello por su conocimiento del inglés, francés e italiano. Y expresa que cuando llegó a Chile en 1841 ya había leído a Locke, Rousseau, Montesquieu, los enciclopedistas, Paine, Constant, Guizot, El Federalista y Tocqueville. Pero luego de su viaje a los Estados Unidos queda deslumbrado por esa joven democracia e incorpora a sus autores entre los preferidos, comenzando por los de El Federalista: Hamilton, Madison y Jay, además de Story, Curtis, Cushing, Webster y Marshall, a lo que sumó el conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de las constituciones estatales. Ello explica su seguimiento de aquel modelo que lo llevara a criticar el texto constitucional de 1853 cuando se apartaba del mismo y su decisión en la reforma de 1860 de acercarse al esquema federal norteamericano, por ser más descentralizado.

Expresa el profesor mendocino que nuestro autor tuvo siempre una adhesión inalterable a los principios de la república liberal y representativa, y que luego de su viaje a Estados Unidos, se transformó en federal en lugar de unitario.

No puede dejar de señalarse que ocupó la presidencia de la Comisión de Negocios Constitucionales tanto en el Senado de la Provincia de Buenos Aires como en el Senado de la Nación, además de integrar la

Comisión Redactora en la Reforma Constitucional de 1860, luego de ser el miembro más votado para ello por la Asamblea Constituyente.

Tampoco puede desconocerse que opinó sobre una muy amplia variedad de temas constitucionales, como lo destacara inicialmente Segundo V. Linares Quintana, que señaló los siguientes: origen de la sociedad política, el titular del poder, los sistemas políticos, la reforma constitucional, la preexistencia de la Nación sobre las provincias, el régimen de unidad, la federación, la confederación, los municipios, las intervenciones federales, la capital, el regionalismo, las convenciones, el Ejecutivo fuerte, el bicameralismo, el control de constitucionalidad, el estado de sitio, los partidos políticos, entre otros.

Lo que para nosotros revela decisiva importancia para considerarlo como un destacado constitucionalista fueron sus obras, donde exhibiera su extraordinaria inteligencia y sus brillantes condiciones como escritor y pensador. En este sentido, ya en *Facundo (o Civilización y Barbarie)* en 1845 -especialmente en los Caps. VII sobre Sociabilidad y XV sobre Presente y Porvenir-, desarrolla el tema de unitarios y federales, de Córdoba y Buenos Aires, de civilización y barbarie, para anticipar su programa de gobierno y pedir la sanción de una Constitución. Antes, en 1841, escribió en “El Mercurio” en Chile, que se trataba “... *de las formas constitucionales o de la voluntad de los déspotas*”, y en consecuencia, civilización y barbarie significaban la Constitución contra el despotismo y la anarquía.

Posteriormente se destaca su primer libro de derecho constitucional que es *Argirópolis o La Capital de los Estados Confederados del Río de la Plata*, dedicado a Urquiza, con un análisis de los precedentes y del Pacto Federal de 1831, donde propone la convocatoria a un Congreso para el establecimiento de un sistema confederal, para nuestro país junto con Paraguay y Uruguay, con capital en Martín García. Allí Sarmiento denuncia en la Introducción el problema de la Aduana de Buenos Aires y aboga por la libre navegación de los ríos y la igualdad de las provincias. Invita a Urquiza a cumplir el Pacto Federal y a convocar el Congreso Constituyente. Propone la vigencia de los derechos y libertades reconocidos en nuestros textos anteriores y una solución federal, siguiendo a la Constitución de los Estados Unidos. Asimismo plantea la creación de los Estados Unidos de la América del Sur.

Pero incuestionablemente su obra más importante en esta materia fueron los *Comentarios de la Constitución de la Confederación Ar-*

*gentina*, escritos en 1853 también en Chile, donde ya se revela como un destacado constitucionalista. Es más, este libro sería el primer Manual de Cátedra de la materia Derecho Constitucional, de la que fue designado como primer profesor en la Universidad de Buenos Aires, por el ministro Valentín Alsina, en 1855.

En esta obra pondrá especial cuidado en señalar críticamente las partes del texto originario de 1853 que se apartan del modelo norteamericano, lo que servirá para su tarea posterior en la Convención Constituyente de 1860, donde corregiría algunos de dichos aspectos, con la idea de hacer más descentralizado a nuestro federalismo, como lo explicaremos más adelante.

Asimismo, Sarmiento dijo en 1853 que “... *lo que nos hemos propuesto en los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, que principiamos, es aplicar al texto de sus cláusulas las doctrinas de los estadistas y jurisconsultos norteamericanos y las decisiones de sus tribunales. Una vez echados en este camino, la práctica de la Constitución se simplifica*”.

Es esencialmente a partir de esta cuestión, que se profundiza su agria polémica con Alberdi, ya que éste contesta a los *Comentarios* con su libro *Estudio sobre la Constitución de 1853*, donde critica el obstinado seguimiento de Sarmiento a la Constitución, doctrina y jurisprudencia norteamericanas. Escribió el tucumano al respecto: “*La historia política de la colonia hispanoargentina y no la historia de las colonias inglesas de Norteamérica; la historia de la revolución del Plata y no la historia de la revolución de Norteamérica; nuestras constituciones ensayadas en los cuarenta años precedentes y no los ensayos predecesores de la Constitución de la nación americana; los partidos, los hechos, los intereses, las doctrinas de los pueblos argentinos y no las luchas de los intereses opuestos de los pueblos de Norteamérica tan distintos de los nuestros; la capacidad de los habitantes, la disposición del suelo, las clases de industria, el estado de cultura, la extensión de la población de los pueblos argentinos, y no de otra nación diversísima en todos sus ramos, es la verdadera fuente de comento y de explicación de la constitución actual argentina, como ha sido de su elaboración para el Congreso*”.

Expresa Pérez Guillhou que mientras Alberdi utilizaba un método racional empírico histórico, Sarmiento confiaba en un método racional deductivo.

El enfrentamiento entre estos dos hombres tan trascendentes de nuestra historia había comenzado antes, con el envío de una carta del temperamental Sarmiento desde Yungay, que después derivara en las *Cartas Quillotanas* del tucumano y las *Ciento y Una* del sanjuanino.

Aunque con el tiempo no deja de sorprender el profundo sentido patriótico y el brillo intelectual de estos próceres, tampoco puede ocultarse la magnitud de las ofensas que se profirieron, como expresión cabal de la complejidad de la condición humana.

De todas maneras, si faltaba una evidencia más para justificar la calificación de constitucionalista de Sarmiento, fue precisamente ésta, ya que pudo discutir con quien ha sido considerado el primero de nuestros juristas de derecho público, que sólo lo aventajaba en formación jurídica, ya que el sanjuanino no era abogado, aunque después fue *Doctor Honoris Causae* de la Universidad de Michigan.

Su alta jerarquía como constitucionalista quedó demostrada de manera indudable con motivo de la reforma constitucional de 1860, ya que fue su principal protagonista.

Esta reforma fue esencialmente dirigida a corregir la visión excesivamente centralista que con la influencia de Alberdi se había establecido para nuestra organización federativa en 1853, con notorio alejamiento del modelo norteamericano. Hemos tratado detenidamente el pensamiento del tucumano en nuestra obra *Federalismo y constitucionalismo provincial*, en el Cap. II, adonde nos remitimos, que demuestra su posición claramente cercana a concepciones centralistas y unitarizantes.

En relación con esto, recordemos que Sarmiento tuvo un cambio fundamental en su pensamiento político y constitucional, pues a consecuencia de su viaje por Europa y los Estados Unidos, se convirtió en decidido partidario del sistema federal, al quedar deslumbrado por la joven democracia norteamericana en comparación con los viejos sistemas europeos -como había ocurrido con Alexis de Tocqueville- y según lo explicitara en su libro *Viajes*.

Antes en *Facundo*, en el Cap. 7, describió a los unitarios y a los federales, con una visión dicotómica, en que los primeros eran hombres de la ciudad y de pensamiento ilustrado, pero a los que criticaba por su visión europeísta, su falta de sentido práctico y su alejamiento de la realidad argentina; mientras que los federales eran hombres de la campaña, que representaban a las provincias, pero faltos de preparación, y cuya

barbarie en sentido puro encarnaba Facundo Quiroga, aunque el producto más refinado fuere Juan Manuel de Rosas, a quien combatiera frontalmente y al que consideró unitario.

Más allá de sus vinculaciones con los unitarios y de su aversión a la barbarie que veía representada por los caudillos -lo que le impidió formar parte del partido federal-, no dudó en convertirse en un notable defensor de los principios federales, según el modelo norteamericano de 1787, como lo adelantara en *Argirópolis* y en sus *Comentarios* y lo concretara posteriormente en la reforma de 1860.

Por ello, debemos detenernos en esta modificación trascendental de nuestra Ley Suprema federal, que exhibe el más importante aporte de Sarmiento como constitucionalista y constituyente.

Luego de la secesión de la provincia de Buenos Aires -que rechazara el Acuerdo de San Nicolás de 1852 y que no estuviera presente en la Convención Constituyente de Santa Fe de 1853-, continuaron los conflictos con la Federación Argentina, hasta que se produjo la batalla de Cepeda en 1859, donde el general Urquiza -como jefe de la Confederación Argentina- triunfó y como consecuencia de ello, se produjo la firma del Pacto de San José de Flores, o Pacto de Unión (del 11/11/1859), y luego el Pacto complementario de Paraná (del 6/6/1860), que significara la integración de aquella provincia a la Federación, previa reforma de la Constitución Nacional.

Dicha reforma se produjo en 1860 por un procedimiento especial, distinto al previsto en el texto de 1853, por la revisión previa efectuada por la provincia de Buenos Aires, lo que originara un debate sobre el carácter de esta reforma, en el que algunos juristas como Bidart Campos y Sánchez Viamonte la consideraran como ejercicio de poder constituyente originario y abierto, para evitar su inconstitucionalidad, pues se realizó antes de la prohibición fijada en 10 años.

Más allá de esta cuestión, interesa resaltar que la reforma produjo 22 importantes modificaciones, de las que sólo analizaremos las vinculadas al federalismo, pues fueron las más importantes. Reiteramos que fue explícita la intención de afirmar una mayor descentralización del poder y por tanto de las autonomías provinciales, atenuándose la influencia alberdiana, para volver a una mayor cercanía al modelo norteamericano, según lo postulaba nuestro autor.

Estas fueron las reformas producidas por la Convención Nacional Constituyente de 1860: a) En el art. 3º, que fijaba a Buenos Aires como

capital de la República, se estableció el mismo principio del art. 13, o sea el de la intangibilidad territorial en la creación de nuevas provincias, lo que importó que el territorio de la Capital Federal debía ser determinado por una Ley del Congreso, previa cesión de los territorios respectivos por parte de la Legislatura de la o las provincias en cuestión.

b) En el art. 5° se suprimieron dos requisitos fijados para el ejercicio de la autonomía provincial: uno, la revisión de las constituciones por parte del Congreso de la Nación (también contemplada en los arts. 64 inc. 28 y 103) y otro, la gratuidad de la enseñanza primaria.

c) En el art. 6° sobre intervención federal se precisó la redacción de las causales de intervención para reducir el arbitrio de las autoridades federales, indicándose la necesidad de una previa requisición por parte de las autoridades provinciales al gobierno federal, para el sostenimiento de éstas en caso de sedición o de invasión de otras provincias.

d) Se agregó el art. 32 que prohíbe al Congreso restringir la libertad de imprenta o establecer sobre ella la jurisdicción federal.

e) Se estableció en el art. 34 la incompatibilidad en el ejercicio de los cargos de miembros de las Cortes de Justicia federales y los tribunales provinciales.

f) Se modificaron los arts. 36 y 41 (que después fueron el 40 y 47) en cuanto a los requisitos para ser legislador, agregándose a la edad y la ciudadanía, la de ser “natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”.

g) Se excluyó del art. 41 (después art. 45) a los gobernadores, que estaban sujetos en el juicio político al Congreso de la Nación.

h) En el art. 64 (después art. 67) sobre atribuciones del Congreso, luego de la facultad de sancionar los Códigos, se agregó lo siguiente: “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” y en el inc. 28, se suprimió la facultad del Congreso de examinar las Constituciones Provinciales.

i) Se suprimió en los arts. 97 y 98 (después 100 y 101) la atribución del Poder Judicial federal de resolver las causas entre una provincia y sus vecinos y de la Corte Suprema en particular, de decidir sobre los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia. Esta reforma, como casi todas las anteriores, habían sido propuestas por Sarmiento en

sus *Comentarios*. Sin embargo, el artículo que establece que los gobernadores son agentes naturales del gobierno federal, que había sido calificado por el sanjuanino como “cláusula bastarda”, no logró ser derogado en esta reforma, pese a las justas críticas recibidas.

i) Finalmente mencionamos las reformas a los arts. 4º y 64 (después art. 67) vinculadas con los derechos de exportación y aduanas, que prorrogaron hasta 1866 la resolución de esta cuestión, además de las especiales prerrogativas reconocidas a la Provincia de Buenos Aires, en los arts. 31 y 101 (después art. 104), que fueron fruto especialmente del Pacto de Paraná de 1860, donde la Federación debió ceder ante las exigencias de dicha provincia que no quería la federalización de su aduana.

En este aspecto, no puede dejar de advertirse que Buenos Aires defendió como siempre sus intereses y para ello logró consagrar un diseño constitucional que fortaleció notoriamente las autonomías provinciales, en desmedro de las amplias competencias que se habían reconocido al gobierno federal.

Alberto Demicheli en su obra *Formación nacional argentina* (Depalma, 1971) sostuvo que en 1860 nuestra Constitución presentó “*perfiles definidores notablemente federalizados con relación a 1853*”, que encontraron sus fuentes en el texto norteamericano de 1787 y en los reclamos de Artigas de 1813.

Por nuestra parte, también estimamos que dichas reformas profundizaron la descentralización del poder en nuestra Ley Suprema, modificando en parte la fuerte influencia de Alberdi, que se había alejado de manera ostensible del modelo federal norteamericano de 1787. No obstante dicha reforma, las diferencias con aquel texto subsistirían, como lo ha señalado el Dr. Arturo M. Bas, según lo consignamos en nuestro libro *Federalismo y constitucionalismo provincial* (Abeledo-Perrot, 2009), en su Cap. II sobre el federalismo argentino y sus orígenes.

De todas maneras, desde un análisis comparado de los regímenes federales, resulta incuestionable que la letra y el espíritu de la Carta Fundamental de 1853 y 1860 consagraron esta forma de Estado, ubicada en las antípodas del unitarismo.

Concluimos este punto indicando que aunque nuestro federalismo normativo de esas dos etapas no alcanzara el grado de descentralización del norteamericano, en modo alguno se puede hoy hablar de federalismo “mixto” u otra expresión similar -entendida como mezcla

de sistemas unitario y federal-, sino de las particulares características del “proceso federal argentino”. Es sorprendente y preocupante por ello que todavía se sigan utilizando esos conceptos y sobre todo, luego de la reforma constitucional de 1994, que profundizara sustancialmente la descentralización del poder en nuestro país, siempre desde el texto escrito de la Ley Suprema.

Sarmiento opinó sobre muy variados temas constitucionales, como lo destaca Pérez Guilhou en su obra citada, que ha estudiado con profundidad y agudeza su pensamiento constitucional y filosófico-político en torno al liberalismo, unitarismo, federalismo, preexistencia de la Nación, unión nacional, libertad de prensa, bicameralismo, presidencialismo, sistema electoral y educación popular y democrática. Aunque por razones de brevedad no podemos detenernos en dicho análisis, remitiéndonos a la obra mencionada, sin embargo, no queremos dejar de detenernos en algunos de esos aspectos, que muestran la riqueza de sus enfoques.

Siempre adhirió a los principios liberales, republicanos, representativos y democráticos, además de profesar un enfoque racional normativista y de considerar a la Constitución como una carta de garantías y derechos además de instrumento de gobierno, como lo dice el académico mendocino. El autor agrega que Sarmiento siguió a Rousseau en su defensa de la soberanía popular y de la legitimidad democrática, en su ataque a la monarquía y a la tradición colonial. Asimismo, indica que creyó en la razón, en la ilustración y en la educación popular. Y que desconfió de los hacendados -apacentadores de vacas en sus palabras-, atacando la enfiteusis y el latifundio y exaltó en cambio, la tarea de los inmigrantes agricultores y las colonias agrícolas.

Por eso, en 1875 sostuvo críticamente que nuestra república era al mismo tiempo democrática, oligárquica y aristocrática, por lo que no debe sorprender que propusiera el voto secreto y universal en 1880 cuando los jóvenes lo proclamaron candidato a presidente de la República, anticipándose a la verdadera revolución que se recién se produjera en 1912, con la modificación de nuestro sistema electoral.

También destaca Pérez Guilhou que fue Sarmiento el primer autor en nuestro país en considerar como naturales al sistema republicano y democrático a los partidos políticos, como lo hizo en 1845. Y que abogara por los cambios en materia electoral, mediante la adopción del sistema de circunscripción y voto uninominal en lugar del sistema de lista completa, según lo explicitara en sendos proyectos presentados en 1869 desde la

presidencia y en 1876 en el Senado de la Nación; a lo que debe agregarse su propuesta de establecer fechas distintas para las elecciones provinciales y las federales.

Siguiendo a Story, distinguió la federación de la confederación, abogando por la primera como unión federativa, al introducir en el art. 35 de la Constitución Nacional en 1860, la denominación oficial de Provincias Unidas del Río de la Plata. No obstante ello, en *Argirópolis* o *La Capital de los Estados Confederados del Río de la Plata*, se había inclinado por dicha solución para Argentina, Uruguay y Paraguay.

Asimismo planteó la posibilidad de la creación de regiones, como agrupación de provincias, en sus *Comentarios* en otra anticipación que recién se concretaría en la gran reforma constitucional de 1994, lo que demuestra una vez más su visión progresista y la actualidad y agudeza de su pensamiento.

Otro de los aspectos donde se advierten sus aciertos es en la gran cuestión municipal, ya que junto con Echeverría adhirió a las concepciones de Tocqueville sobre la naturaleza sociológica y política de la institución local, esenciales para nuestra democracia federal.

Siempre apoyó la unión nacional, como luego de Pavón, donde acompañó a Mitre, en su idea de rechazar una constitución unitaria o dividir el país.

Defendió el sistema republicano y la división de poderes, siguiendo la experiencia norteamericana y, en particular, la idea del control de constitucionalidad del Poder Judicial, además del sistema bicameral, incluso en las legislaturas provinciales.

Si bien criticó al Ejecutivo fuerte de Alberdi, Pérez Guilhou sostiene que también fue su punto de vista, sobre todo en el ejercicio de su presidencia, al intervenir por decreto la provincia de San Juan y al tener una visión restrictiva de las interpelaciones. Por otra parte, se opuso a un gobierno parlamentario como lo había planteado Miguel Cané en 1878.

Tuvo una concepción iusnaturalista de los derechos del hombre y fue un apasionado defensor de éstos, al proponer en la Convención de 1860 el art. 33 sobre los derechos no enumerados. Sostuvo que la libertad era “el último grado de perfección moral” y que “el progreso se manifiesta por el desarrollo de la libertad”.

Refutó a Félix Frías en la Convención cuando éste propuso que el catolicismo fuera religión del Estado, al decir que “la libertad de con-

ciencia es la base de las otras libertades, la base de la sociedad y de la religión misma”.

Particularmente notables fueron sus reflexiones sobre la libertad de prensa, oponiéndose a sus controles y legislación, pese a sus excesos y manifestando al respecto en el diario *El Nacional* (del 3 de agosto de 1855): *“Está hoy la prensa entregada a todos los excesos de la licencia... Haya libertad para todos, y déjese a la prensa, esta reina o ramera, según quien la inspire, entregarse a sus propios instintos. Una sola palabra suya puede salvarnos de males más duraderos que los rasguños que hace diariamente a las más esclarecidas repúblicas”*.

Y por cierto, fue uno de los objetivos permanentes de toda su vida el de educar al soberano. Por eso dijo en 1874: *“Para tener paz en la República Argentina, para que los montoneros no se levanten, para que no haya vagos, es necesario educar al pueblo en la verdadera democracia, enseñarles a todos lo mismo para que todos sean iguales. Para eso necesitamos hacer de toda la república una escuela. Sí, una escuela donde todos aprendan, donde todos se ilustren y constituyan así un núcleo sólido que pueda sostener la verdadera democracia que hace la felicidad de las repúblicas”* (*Obras completas*, t. XXI, pág. 239, citado por Pérez Guilhou en su obra mencionada).

Deseo terminar esta conferencia volviendo al debate entre Sarmiento y Alberdi, y recordando que ambos formaron parte de la notable Generación de 1837, aunque después se enfrentaron con especial virulencia. Para nosotros, fueron los más grandes constitucionalistas del siglo XIX, debiéndose sumar a ellos José Benjamín Gorostiaga, además del precursor Mariano Moreno.

Alberdi luchó denodadamente en contra de los “porteños” -donde ubicaba a Sarmiento-, en defensa del “interior”. Por eso criticó duramente a la reforma de 1860 y después, los hechos posteriores a la batalla de Pavón, que significaron el liderazgo de Buenos Aires, en sus libros *Grandes y pequeños hombres del Plata* y *La República Argentina consolidada en 1880 con la ciudad de Buenos Aires por capital*.

Sin embargo, sostuvo Carlos S. A. Segreti (en su artículo “El pensamiento político de los hombres del interior desde la Revolución de Mayo hasta promediar el siglo XIX-Gorriti, Zavallía, Solá, Brizuela y Sarmiento-”, en el libro *Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas*

*argentinas*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Córdoba, 2000, pág. 127 y ss.) que Sarmiento también tenía prevenciones contra los porteños. Recordamos además en tal sentido, que en el momento más crítico del enfrentamiento que separaba a Buenos Aires de la Confederación, pronunció una de sus grandes frases: “*Soy porteño en las provincias, provinciano en Buenos Aires y argentino en todas partes*”. Nosotros, que creemos fervientemente en el federalismo y en general en la descentralización del poder, valoramos profundamente tanto las denuncias de Alberdi contra la hegemonía porteña y en defensa del interior, como las ideas de Sarmiento para la Convención de 1860 en favor de un federalismo más descentralizado que el de 1853, al consagrar una mayor autonomía de las provincias.

Expresamos asimismo que en la compleja historia argentina no resulta fácil precisar la dicotomía de “unitarios” y “federales” o la de “porteños” y “provincianos”, pues dichas caracterizaciones requieren de finas y precisas distinciones y aclaraciones para no caer en graves equívocos.

Por otra parte, estimamos que nuestro problema histórico se encuentra especialmente abarcado en el estudio de la dramática relación entre Buenos Aires y el interior del país, también advertida tanto por Alberdi como por Sarmiento y analizada contemporáneamente por Félix Luna en su conocida obra, entre otros autores.

No podemos finalizar esta referencia a estas dos gigantescas personalidades de nuestra historia argentina y americana, sin dejar de expresar nuestro sentido homenaje a ellas, como a los constituyentes y a los que contribuyeron a la sanción de la Constitución Nacional, especialmente el general Justo José de Urquiza, en el marco de la celebración del Bicentenario, que nos encuentra en una decadencia institucional, lejana de los ideales republicanos y federales que los prohombres de la nacionalidad preconizaron.

Ojalá que sus ejemplos de patriotismo y entrega sin condiciones a la causa de la argentinidad sirvan para iluminar las actuales y futuras generaciones de argentinos.



## **ACTO POR EL 70º ANIVERSARIO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA \***

*Discurso conmemorativo del setenta aniversario de la fundación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pronunciado por el Dr. Juan Carlos Palmero*

### **1. Palabras de circunstancias**

Muchas veces cuando las entidades colectivas pierden esta dimensión o vínculo personal, se esclerosan las relaciones y estamos absolutamente convencidos de que no puede existir emprendimiento o tarea en conjunto alguna que no se asiente sobre un ambiente de camaradería, solidaridad y buena relación entre todos los componentes.

### **2. 70º Aniversario de la Fundación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

Pero resulta sin embargo, que coincidente con lo señalado precedentemente, se cumple el setenta aniversario de la creación de esta Academia, circunstancia que nos exige una recordación particular y en razón de las múltiples actividades que tuvimos nos pareció adecuado unificar el brindis con esta celebración, como una manera de simplificar dos acontecimientos que quizás hubieran merecido celebrarse en forma separada o independiente el uno del otro.

---

\* Exposición en sesión especial del 16 de septiembre de 2011.

Para el mejor cumplimiento de esta misión, no cabe duda que correspondería haber formulado un repaso circunstanciado de las diversas etapas que dan cuenta de la vida histórica de nuestra corporación, pero nos ha parecido más adecuado al momento, teniendo en cuenta precisamente, que estaremos acompañados de nuestros familiares, el hacer una mera recordación de algunos aspectos más relevantes, especialmente para que reflexionemos en conjunto acerca del destino futuro de nuestra corporación.

Bien se ha dicho que el conocimiento del pasado resulta un dato imprescindible para la comprensión acabada del presente, dado que la mitad de lo que somos se lo debemos precisamente a lo que hicieron y se esforzaron nuestros antecesores y esto resulta particularmente evidente cuando se repasa, aunque sea superficialmente como lo haremos, los momentos que entendemos marcaron signos o etapas particulares de nuestra Academia.

La historia desde la enseñanza de los romanos actúa como *magister vitae* de forma tal que un país que da la espalda a sus orígenes, que desconoce sus raíces y acontecimientos pasados que gravitaron sobre los tiempos actuales, resulta como un barco que marcha al garete, porque somos y estamos en el lugar y situación que nos signaron nuestros antepasados.

Por esta razones entonces me limitaré a destacar algunos aspectos más relevantes, de los que podemos extraer conclusiones para los desafíos actuales, de forma tal que a la omisión de otros hechos de no menor significación no debe asignársele otro motivo que no sea el expresado; es decir, los omitimos en aras de las limitaciones del tiempo y del objetivo propuesto.

## 2.1. Etapa fundacional: 1941-1951

Presidencias Dres. Sofanor Novillo Corvalán - Félix Sarria (1941-1945), Julio Echegaray 1945-1947) y Enrique Martínez Paz (1948-1951):

### 2.1.1. Presidencia del Dr. Sofanor Novillo Corvalán (1941-1945)

Siempre nos preguntamos cuáles fueron las razones por las que la Nación dispusiera la creación de una segunda Academia Nacional de Derecho, cuando desde 1931 ya funcionaba otra en la Capital Federal (la de “Bellas Artes en 1936” y la de “Ciencias en Córdoba desde 1878”).

Nunca encontrábamos la explicación a este interrogante y nos planteábamos cuáles habrían sido los motivos o razones relevantes para que se determinara este carácter a la Academia de Córdoba.

La respuesta la hallamos rápidamente apenas comenzamos a estudiar los antecedentes históricos que efectuara nuestro miembro de número Dr. Carlos Luque Colombres, con ilustrada y prolija dedicación en su libro sobre la *Reseña histórica de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, que nos ha servido realmente como un punto de referencia imprescindible para el conocimiento de nuestro pasado institucional.

A nuestra Academia no la crea el Poder Ejecutivo Nacional, sino la Universidad Nacional de Córdoba, con motivo de cumplirse el sesquicentenario, o sea los ciento cincuenta de la fundación de la Cátedra de Institutas, cuyo primer profesor fuera el Dr. Victorino Rodríguez, dando lugar a una larga tradición de juristas que brillaron por su sapiencia y conocimientos y cuyo exponente más relevante fue sin ninguna duda nuestro patrono, el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield.

Nace y desenvuelve sus primeros años como un instituto autónomo, aunque universitario, no sólo porque surge expresamente de una ordenanza presentada para su consideración el 29 de julio y fuera aprobada y promulgada en solemne ceremonia en el Salón de Grados, el 22 de agosto de 1941 por el entonces rector Dr. Rodolfo Martínez, sino también la composición y calidad científica y prestigio de sus miembros, el lugar donde se celebraban sus sesiones que eran los claustros centenarios y por último, porque era sostenida exclusivamente por asignaciones económicas de esa institución, aunque le reconocía autonomía en lo que respecta a su administración y determinaciones.

No cabe la menor duda que se trató de un justiciero homenaje de la Universidad, a la trayectoria y prestigio de la primera *Facultad de Derecho* del país que diera lugar a famosa y reconocida *Escuela Jurídica de Córdoba* al momento de la celebración de una conmemoración histórica como lo era el sesquicentenario de su nacimiento, nombrando como primer presidente al prestigioso profesor de Derechos Reales, don Sofanor Novillo Corvalán, que duró hasta el 25 de julio de 1944 cuando renuncia por haber sido designado presidente del Consejo Nacional de Educación, asumiendo para completar el período el Dr. Félix Sarría.

*“Consideraba el rector que no podría rendirse un homenaje mayor a la Facultad al cumplirse siglo y medio de su origen”,* y luego

explayándose más adelante, en otro párrafo donde se recuerda la “*trayectoria institucional como así a la autoridad y madurez científica de sus profesores, aludiendo su aspiración que funcionase a semejanza de las de Francia y España*”.

Además, se expresaba dentro de los fundamentos de la Ordenanza: “*la vocación jurídica de Córdoba requiere de un centro que no reconozca otros objetivos que los específicos ni otro propósito que no sea el puramente doctrinario, con posibilidad de cooperar en la elaboración de las leyes*”, asignándosele desde sus mismos comienzos la tarea cooperativa con el Estado en el dictado y redacción de las leyes.

El motivo y los fundamentos que dieron lugar a la resolución rectoral fueron más que evidentes porque se quiso rendir homenaje a esa pléyade de juristas que a lo largo de más de una centuria y media ilustraron las ciencias normativas nacionales con su sapiencia, y por lo tanto, resultaba merecedora precisamente de este reconocimiento especial.

Los cinco primeros sillones llevaron los nombres de “Dalmacio Vélez Sársfield” (el presidencial), “Deán Gregorio Funes”, “Victorino Rodríguez” y “Jerónimo Cortés” y “Rafael García”, avanzándose luego en la designación de los sillones restantes hasta alcanzar el número de quince miembros vitalicios que conformaron su primer integración, aunque se nombraron primeramente sólo once.

El 18 de agosto se designaron académicos de número los Dres. Henoch D. Aguiar, Santiago Beltrán, Carlos Ernesto Deheza, Hipólito Montagné, Julio B. Echegaray, Enrique Martínez Paz, Sofanor Novillo Corvalán, Raúl Orgaz, Luis J. Posse, Guillermo Rothe y Félix Sarría.

De esta manera, ya para 1943, la Academia disponía de un local propio alquilado en el edificio de la Caja de Jubilaciones de la Provincia de avenida Colón N° 93 y continúa expandiéndose a través de una actividad normal y de continuidad institucional.

### 2.1.2. *Presidencia del Dr. Julio Echegaray (1945-1947)*

Expirado el primer período de tres años que, como dijimos, completara el Dr. Félix Sarría, *asume la Presidencia el Dr. Julio Echegaray (1945/1947)* siendo su vicepresidente el Dr. Henoch D. Aguiar y su secretario el Dr. Raúl Orgaz.

¿Cómo es que resulta finalmente reconocida por el gobierno nacional?

El 11 de abril de 1946 el Dr. León S. Morra fue designado rector de la Universidad, pero su designación duró sólo un mes, porque fue intervenida por el Dr. Felipe S. Pérez.

Al comienzo de la intervención universitaria no tuvo repercusión inmediata aunque los hechos traumáticos de ese año, con la cesación de profesores de importantísima trayectoria, trasladó ese ambiente de zozobra a las propias actividades de la Academia.

Hubo dos temas que avivaron las llamas del ambiente: nos referimos en primer lugar a la declaración del 6 de noviembre de 1945 donde se reclamaba “*impostergable la elección de los poderes legítimos anunciada por el gobierno*” aunque estos hechos si bien reflejaban la existencia de un ambiente especial, todavía no resultaban suficientes como para alterar el normal funcionamiento de la entidad.

El otro tema se plantea el 31 de agosto de 1948, con motivo de la ley sancionada por el Congreso que declara la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional, la Academia de Córdoba emite su opinión contraria en un dictamen suscripto por los Dres. Núñez, León, Sarría y Soler-luego apoyado por unanimidad por el pleno-, señalando que “*la ley sancionada no contenía los puntos concretos sobre los que haya de versar la reforma, habiendo quedado esta tarea para la Convención soberana*”, circunstancia que genera un vicio o defecto genético para la sanción de lo que después fuera la llamada “Constitución de 1949”.

El problema se presentó al momento en que se dicta por parte del Poder Ejecutivo Nacional del *decr. 5279* que crea la *Subsecretaría de Cultura de la Nación* y dentro de esa repartición un *Senado Académico* dictándose normas que cambiaban en cierto modo el régimen de todas las academias nacionales y, en particular, la de Córdoba que en razón de esta nueva normativa quedaba completamente separada de la Universidad.

### 2.1.3. *Presidencia del Dr. Enrique Martínez Paz (1948-1952)*

Esta nueva disposición sometía a la entidad a una regulación diferente y es allí donde a iniciativa del *Dr. Enrique Martínez Paz* -que había asumido la presidencia el 12 de agosto de 1948, siendo su vicepresidente el Dr. Félix Sarría-, se propicia un estudio de los estatutos y regulaciones con la finalidad de adecuarlas a las nuevas disposiciones.

Sin embargo, a la espera de la formación del *Senado Académico*, la entidad detuvo prudentemente toda iniciativa que pudiera estar en oposición a las reglamentaciones que se dictaran.

El 11 de marzo de 1949 se sanciona la nueva *Constitución Nacional de 1949*, derogando la anterior histórica de 1953/60, y lo curioso es que en su *art. 37, inc. 5* contenía una disposición sobre las funciones de las academias y anunciaba una ley que las organizaría, lo que como no podría ser de otra manera generó una suerte de impasse en espera del dictado de las reglamentaciones acordes con las nuevas normas constitucionales.

El 30 de setiembre de 1950, se dicta la *ley 14.007* según la cual el Poder Ejecutivo “*toma a su cargo la reglamentación y determinación de la cantidad de miembros de número y correspondientes*”, dando lugar a una serie de dudas respecto a sus alcances, debido a que no se dictó una reglamentación inmediata de la misma lo que abrió un campo importante de dudas respecto de si los sillones permanecían tal como existían hasta ese momento.

El 13 de enero de 1952 muere el Dr. Enrique Martínez Paz, asumiendo para completar el período el Dr. Félix Sarría, quien a su vez cumple dos períodos 1952, 1954 y 1956 a 1967.

Sin embargo el *decr. 7500* del año 1952, determina la desaparición de las diversas academias existentes hasta ese momento, circunstancia por la cual podría decirse que desde esta fecha la Academia permanece en una suerte de letargo hasta tanto se dispusieran las circunstancias que justificasen su vuelta a la actividad.

Recién por el *decreto ley 4362* del año 1955, se les devuelve el derecho a elegir a sus miembros y de constituir sus autoridades. Como en la enumeración se había omitido la de Córdoba, la omisión fue salvada por el *decreto ley del 4 de abril de 1956 N° 6013*.

Así las cosas y más allá de los juicios históricos que cada cual tendrá con relación a esta lamentable etapa de la vida institucional nacional, lo cierto es que, en definitiva, fuimos separados legalmente de nuestra dependencia universitaria en virtud del decreto 5279 y de la ley 14.007, para después volver ya como una entidad nacional reconocida explícitamente por el decreto ley del 4 de abril de 1956, donde adquirimos el carácter nacional hasta el día de la fecha.

Curiosas conclusiones podrían extraerse de este periplo relatado según la documentación que surge de la historia y es que la Academia de Derecho nace por decisión de la Universidad, con autonomía funcional pero sostenida y apoyada por esta entidad, para luego pasar a la jurisdicción nacional por obra de una serie de normas que así lo dispusieron.

Como un resumen más escueto, la marcha institucional se genera desde el *alma mater*, la Universidad de Córdoba, hasta su dependencia del Poder Ejecutivo Nacional con lo cual adquiere este carácter de entidad nacional.

Por el contrario, la otra Academia de Córdoba, la que fundara Sarmiento en 1878, nace por obra del Poder Ejecutivo Nacional, pero con una finalidad especial que era gravitar y equilibrar su influencia para con la Universidad, siguiendo de esta manera un derrotero inverso al que cumpliera nuestra institución.

Pero de todo ello queda en claro que el reconocimiento legal de nuestro carácter de entidad nacional, no nace de un acto deliberado y voluntario por parte del Ejecutivo, sino más bien que surge como consecuencia de una política de absorción de este tipo de corporaciones con lo cual su nacionalidad deviene más de una circunstancia fortuita que de una resolución determinada.

## 2.2. *Etapa intermedia (1956, hasta 1986)*

*Presidencia de los Dres. Félix Sarría (1942-1945; 1952-54; 1956-67) y Pedro León (1968-1974) y Alfredo Poviña (1975- 1986).*

Este largo período que se extiende desde 1956 hasta 1986, se caracteriza por la existencia de tres fecundas presidencias, siendo la más extensa de ellas el período que le correspondiera al Dr. Félix Sarría, sobre todo por su prolongación en el tiempo.

### 2.2.1. *Presidencia del Dr. Félix Sarría (1942-45; 1952-1954, 1956-1967) 15 años presidente*

En la descripción de Pedro Frías que lo conoció, era “*la integridad y el discernimiento coronaban al hombre de fe y obras. Su clásico libro de derecho administrativo incorporó al administrado y por el rigor y la claridad todos los fuimos deudores. La administración no fue manipulación ni exorbitancia. Era sobrio y circunspecto, justo y por eso sus certezas de vida no claudicaban*”.

Apenas asumido en la presidencia en sesión pública celebrada por el rector Jorge Núñez en el Salón de Grado de la Universidad, se incorporan en 1956 un grupo de juristas de gran predicamento, como lo fueron los Dres. León Schwartz, Alfredo Poviña, Ernesto Gavier, Néstor Pizarro, Emilio Baquero Lazcano y Carlos Rito Melo.

Inmediatamente después 1957, se agrega otro grupo integrado por los Dres. Enrique Martínez Paz (h), Luis Despontin, Luis Eduardo Molina, Alfredo Acuña y César Enrique Romero, con lo que se integran once académicos jóvenes que darían nuevo impulso a una corporación que salía de un largo letargo e inestabilidad institucional.

Nuevamente el tema institucional estuvo presente dado que el gobierno de facto por decreto de fecha 27 de abril de 1956 había dejado sin efecto la Constitución de 1949 y puesto en vigencia de nuevo a la Constitución de 1853/60.

Como es de imaginar, esta circunstancia abre un importante debate en el país acerca de la legalidad de una derogación constitucional efectuada a través de un decreto-ley.

También se le negaba atribuciones para llamar a una Convención Constituyente y fijar los puntos a reformar; otros quizás entendían que lo único que podía hacer era llamar a una Convención para la ratificación del decreto derogatorio, incertidumbre que asume la Academia como obligación y designa una comisión que debía expedirse sobre los siguientes puntos: 1°) Facultades del Poder Ejecutivo actual para convocar a convención constituyente; 2°) Necesidad y oportunidad de la reforma; 3°) Alcance de la misma (Rothe, Martínez Paz (h), Núñez, Ricardo, Cornejo, Molina, Tagle y Sarría).

Por ocho votos contra cuatro se expide en el sentido que no tenía la Academia facultad para expedirse para propiciar una reforma constitucional, obviamente por entender que se invadía el tema político, pero este tema demandó varias reuniones donde puede verse la ilustración y fundamento de las diversas opiniones como así las ingeniosas soluciones propuestas, pero resultó evidente que no se pudo lograr consenso como para dar un dictamen más concreto y específico.

En 1964 se designa otro grupo de juristas destacados, entre los que cabe mencionar a los Dres. José Buteler Cáceres, Jorge Clariá Olmedo, Miguel Ferrer Deheza, Pedro J. Frías, Santiago Monserrat y Francisco Quintana Ferreira.

Se debatieron igualmente cuestiones atinentes con las facultades del Poder Ejecutivo para decretar las intervenciones federales al Poder Judicial, lo que dio motivo igualmente a un amplio cambio de opiniones donde polemizaron los Dres. Ricardo Núñez y Alfredo Orgaz.

Con particular relevancia se trataron los proyectos de reformas de los códigos penales y civiles, habiéndose trabajado con diversas comisiones dando siempre una opinión objetiva y descontaminada de cualquier visión política de la cuestión.

### *2.2.2. La presidencia del Dr. Pedro León (1968-1974)*

Se desenvuelve frente a una etapa institucional más tranquila, lo que da motivo en cierta manera, a una mayor introspección que se exterioriza fundamentalmente en un mejor y más eficaz funcionamiento de la institución.

El Dr. Pedro León, nuestro querido profesor de Derecho Civil, era un hombre por demás puntilloso y prolijo, cuidadoso de todos los aspectos necesarios para manejar con equilibrio, tanto el rigor derivado de una correcta administración como así y al mismo tiempo dar impulso a todas las iniciativas académicas correspondientes acorde con las exigencias estatutarias.

Durante su mandato, la Academia cumplió una importante actividad en todo lo referido a la reforma del derecho privado, dado que se sanciona la ley 17.711 que introdujo la reforma más importante de derecho civil del siglo pasado y luego aparecen todas las modificaciones al viejo Código de Comercio a través de las sanciones de las leyes de sociedades, concursos y seguros, de todo lo que la Academia tomó debida cuenta a través de sus miembros de número y conforme a sus respectivas especialidades.

Se apoya con especial dedicación la celebración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil que se reuniera en Córdoba, durante setiembre de 1969, que tuvo como finalidad especial el estudiar las diversas modificaciones introducidas en la reforma de 1968, transformándose de esta manera en una suerte de complemento e integración con el de 1963 que sirviera de base, inspiración y punto de partida de los cambios introducidos la modificación aludida.

Según testigos calificados de esa época, el Dr. León estuvo convencido de que la única manera de darle vida a la corporación era a través

del nombramiento de miembros de número muy jóvenes, o al menos de una edad que hasta ese momento no era suficiente como para adquirir el reconocimiento académico.

Así se incorporaron como miembros de número en 1971, a los Dres. Luis Moisset de Espanés, Ernesto Garzón Valdez, José Ignacio Cafferata y Alfredo Rossetti, para completarse este elenco un año después con la designación del Dr. Jesús Abad Hernando, todos ellos rondaban entre los cuarenta y cincuenta años de edad, aportando de esta manera sangre nueva y el entusiasmo que se necesitaba para darle nuevo impulso a las actividades.

### 2.2.3. *Presidencia del Dr. Alfredo Poviña (1975-1986)*

El Dr. Poviña -que había actuado como vicepresidente del Dr. León-, continúa y profundiza la obra de su predecesor y en este sentido sigue incorporando nuevos académicos, en 1976, 1977 y 1984.

Así pasaron a formar parte de la misma, Berta Kaller de Orchansky, José Severo Caballero, Edgar Ferreira y Víctor Martínez.

Al año siguiente, lo fueron Roberto Peña, Fernando Martínez Paz, Pedro León Feit, Guillermo Becerra Ferrer, Carlos Luque Colombres.

Pasado ya unos años, en 1984 se designa a Olsen Girardi, Ricardo Haro, Lisardo Novillo Saravia, Efraín Hugo Richard y Juan Carlos Palmero.

En esta presidencia se comienzan a designar miembros correspondientes, muy tímidamente ya que desde 1975 hasta 1986 se designaron sólo 13 miembros correspondientes nacionales y 11 extranjeros.

Dentro de los nacionales, aparece como modalidad la de designar importantes juristas del interior de la provincia, que con su ejemplo y dedicación formaron verdaderos centro de estudio del derecho en lugares donde hasta ese momento no llegaba la universidad, como ocurriera con Jorge Carranza en Río Cuarto 1975, Jorge Mosset Iturraspe de Santa Fe 1976, Dardo Pérez Guilhou de Mendoza 1980, Emilio Cornejo Costas de Salta, Aída Kemelmajer de Carlucci de Mendoza, Aldo Guarino Airas de San Rafael de Mendoza, etc., etc.

Se discierne por primera vez el "*Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*" que a partir de esa fecha queda institucionalizado, en la persona del famoso jurista mendocino Mario Justo López especializado en derecho administrativo.

En el año 1977 fue merecedor el civilista santafesino, Dr. Elías Gustavino; en 1978, el penalista cordobés Dr. Daniel Pablo Carrera; en 1979, nuestro director del Instituto de la Empresa, Efraín Hugo Richard; en 1980, el civilista rosarino Fernando Brebbia; en el 81 Néstor Pedro Sagüés; en el 82 el historiador Eduardo Martiré; en el 85 Mario Justo López y en el 86 al civilista rosarino Luis O. Andorno y el Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza.

### *2.3.1. Etapa moderna: 1986 al 2010*

*Presidencias de los Dres. Pedro José Frías (1986 a 1995), Luis Moisset de Espanés (1995 a 2001 y 2007- 2010) y Olsen Ghirardi (2001-2004 y 2004 a 2007)*

#### *2.3.1.1. Presidencia del Dr. Pedro José Frías (1986 a 1995)*

El Dr. Pedro José Frías constituye uno de los presidentes que permaneciera por espacio de once largos años, y todos somos testigos de alguna manera por ser contemporáneo nuestro, de la impronta y gravitación que tuvo en lo que ha sido lo que podríamos denominar la Academia de nuestros días.

Durante este período se nombraron académicos de número a los Dres. Julio Altamira Gigena, Juan Manuel Aparicio, Enrique Banchio, Héctor Villegas en 1989, y a su vez en el 1997 se incorporará a Horacio Roitman y Daniel Pizarro.

En esta época se comienza a transformar lo que anteriormente eran concebidas como secciones en verdaderos "*Institutos de estudio e investigación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*" con funcionamiento continuado y publicaciones anuales según las diversas especialidades.

El tema se consideró particularmente oportuno en razón de que la Facultad de Derecho suprimiera estos verdaderos centros de estudio e investigación, transformándolos sólo en dependencias administrativas, medida claramente contraproducente porque todavía ahora cuesta trabajo volver a juntar bibliotecas dispersas o estimular la disciplina del trabajo continuado.

Podríamos decir, sin incurrir en exageración alguna, que esta decisión del Dr. Frías, primero con el Instituto de Federalismo al que luego se

fueron agregando otros, según las distintas especialidades, puso en movimiento realmente a la Academia puertas adentro y es lo que le ha permitido ganar prestigio no sólo en nuestro medio sino incluso en el exterior, porque el bagaje de publicaciones resulta tan abundante y valioso que constituye fuente de información privilegiada para quien cultive alguna de estas disciplinas.

Paralelamente con ello, Frías avanzó mucho en los premios estímulos, continuando con el clásico de la Academia de Derecho, a lo que se agregara ahora el *Premio Joven Jurista* desde 1985 que se discerniera a Daniel Pizarro, Matilde Ferreyra Rubio y Matilde Zabala de González, en 1987, a Julio Sánchez Torres y en el 1989 a Armando Andruet, Domingo Juan Sesin y Gabriel Ventura; en el 1991, Alfredo Lemon, y por último en 1995 a Mario Claudio Perrachione.

Otro premio importante creado durante este período, es el *Premio Provincias Unidas (federalismo)* que se discierne en 1987 a Armando R. Bazán de Catamarca; en el 1988 a la ciudad de Corrientes; 1989, Grupo Empresario Interregional del Centro Oeste Sudamericano; 1990, Salvador Dana Montaña; 1991, Instituto de Investigaciones Geohistóricas de Resistencia, Chaco; 1992, Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; 1993, Dr. Helio Juan Zarini de Bell Ville; 1994, Fundación del Tucumán; 1995, Silvia Cohn (Tierra del Fuego), José Raúl Heredia (Chubut) y Ezequiel y Martín Lozada;

Se avanza considerablemente en la designación de *miembros correspondientes nacionales y extranjeros*. Para tener una idea, se nombran 32 miembros correspondientes extranjeros y 12 nacionales; prácticamente se duplican los números existentes hasta ese momento.

Preside a su vez 7 reuniones conjuntas con la Academia Nacional de Buenos Aires, circunstancia que permitió un verdadero acercamiento con esta importante institución, como así un trabajo conjunto en temas de muchas significación como lo fueron, persona y derecho, economía y derecho, unificación del derecho civil y comercial, derecho y realidad, derecho y realidad.

2.3.1.2. *Presidencia del Dr. Luis Moisset de Espanés (1995 a 2001 y 2007- 2010).*

En 1999 pasan a formar parte los Dres. Humberto Vázquez, Antonio María Hernández, Eduardo Ignacio Fanzolato, Manuel Augusto Ferrer y Pedro Yanzi Ferreyra.

Además, en el año 2001 se designaron Zlata Drnas de Clément y Armando S. Andruet.

En el tercer mandato de Moisset, y en el año 2008, se nombraron: José I. Cafferata Nores, Carlos Julio Lascano y Gabriel Ventura.

Fueron logros significativos logrados durante esta larga y fructuosa presidencia, a nuestro modo de ver, una importante proyección externa de la Academia, por dos razones fundamentales a saber:

Se crean por primera vez, los institutos regionales creándose la *Región Centro* compuesta por las ciudades de Santa Fe y Rosario; Instituto que tantas e importantes producciones ha realizado a través del tiempo.

La segunda cuestión de importancia, radica en la inserción de la Academia Nacional en el plano internacional a través de su protagonismo en la creación y mantenimiento de las *Academias Iberoamericanas de Ciencias Jurídicas y Sociales*, que tuvo al Dr. Moisset como protagonista y fundador de este importante espacio, quien actualmente se desempeña en segundo mandato como presidente de ellas.

Es importante destacar que en esta entidad participan todas las academias de habla hispana, la totalidad de las españolas y las americanas, desde México hasta Chile y Argentina.

Cabe destacar de manera especial el congreso de estas Academias que tuvo a Córdoba como anfitriona, habiendo resultado un verdadero éxito con la concurrencia de una amplia representación europea y continental, todo lo que podría decirse constituyó las bases mismas de esta perspectiva que hasta ese momento era desconocida.

También asistimos a Bogotá, donde fuera precisamente elegido el Dr. Moisset precisamente presidente de estas Academias Iberoamericanas.

En un doble movimiento, interno o doméstico y externo o internacional, la Academia Nacional de Derecho de Córdoba pasa de esta manera a establecer lazos fundamentales y una articulación capaz de proyectar su influencia y apreciar sus trabajos mucho más allá del ámbito de su jurisdicción, todo lo que debemos a este presidente.

También cabe destacar que durante este período, se publicaron no sólo los *Anales* sino también y esto no resulta un dato menor, de todos los

*Cuadernos de los Institutos* que efectúan una difusión de los esfuerzos e investigaciones de estos centros de estudio y excelencia, circunstancia que acuerda un prestigio bien ganado frente a nuestra comunidad local e internacional.

En el último período del Dr. Moisset, la Academia hizo ingentes esfuerzos en la creación de una *Página Web* en la cual se publican todos los trabajos que preparan los académicos, siendo un sitio informático con más un millar de visitas diarias, circunstancia que pone de relieve la significación y valor científico de este sitio de consulta gratuita.

*2.3.1.3. Presidencia del Dr. Olsen Ghirardi: (2001-2004 y (2004 a 2007)*

Durante su presidencia se designa a los académicos de número: Manuel Cornet (2005), Domingo Juan Sesin (2006) y Raúl Enrique Altamira Gigena (2006).

### **3. Reflexiones finales**

Dijimos al comienzo que la historia es maestra de vida y que lo que somos en el presente se lo debemos al menos en la mitad al pasado.

Un repaso a vuelo de pájaro de la historia reciente nos llena de satisfacción, porque visto en conjunto el derrotero institucional, no podemos más que agradecer a quienes nos precedieron por su empeño, lucidez y claridad para llevar adelante nuestra corporación a un lugar tan preponderante tanto en el plano interno como así en su proyección internacional.

Pero para que esta recordación nos deje algo en limpio, quiero volver a recordar aspectos relevantes del discurso del Dr. Sofanor Novillo Corvalán, pronunciado en el Salón de Grados de nuestra casi cuatro centenaria Universidad y en sus párrafos más relevantes corresponde señalar:

a. Dice Novillo Corvalán:

*“Creo que una Academia de Derecho y Ciencias Sociales no es el descanso de espíritus fatigados, sino una acumulación de experiencias que sin coacción oficial puede servir a los fines del Estado. Es un organismo vivo cuya serenidad le permite ser máximo consejero”.*

*“Su función no puede residir en la sola ostentación de la sabiduría de sus miembros, en el discurso y en el acto solemne, sino en una actividad más desplegada que lleve servicios a la comunidad y no los constriña a núcleos técnicos”*

*“No sé si es características de raza o defecto de formación la falta de cooperación que no sea en el orden económico. Sólo las industrias, el comercio, los intereses materiales, se asocian a nuestro país. Ricas actividades espirituales se dispersan o circunscriben a la entidad en que actúan. No se tiene en cuenta la comunidad en que se vive y se exige del Estado el poder mágico de hacer todo. El esfuerzo paralelo de los organismos que lo acompañan no siempre es esfuerzo concurrente, porque la infatuación, que es mal argentino, hace del centro de nuestra actividad el centro del mundo, y bregamos por su predominio con desdén de los demás”.*

*“Universidades, institutos academias, asociaciones, deben cooperar a la tarea del Estado”.*

De esta medulosa lectura con que se diera nacimiento a nuestras actividades, creemos necesario destacar lo siguiente:

- a) Ser académico implica compromiso y trabajo para con la sociedad. No se trata de la creación de un organismo muerto, sino que por el contrario, se es académico para ponernos al servicio objetivo de la necesidad de conocimiento que en ciencias jurídicas tenga la sociedad.
- b) Paralelamente, no puede ser sólo un lugar de ostentación de la sabiduría, porque como dijimos anteriormente, no se trata de una pedana donde desfilan las vanidades, sino que, por el contrario, constituye un honor derivado de méritos por cierto, pero sólo alcanzan esta cualidad cuando esos conocimientos se transforman en servicio a los demás.
- c) En la época de la fundación de la Academia, el punto relevante o la misión más importante radicaba en el asesoramiento del Estado, lo que indudablemente sigue constituyendo uno de sus objetivos trascendentes y quizás las razones por las cuales somos solventados con dineros públicos.

Pero a la luz del mundo moderno, debemos pensar y reflexionar si realmente la Academia guarda el lugar para el cual fuera pensada.

A nuestra modesta manera de ver, sin poner en la más mínima duda el esfuerzo y la excelencia de la actividad que desarrollamos, lo cierto es que no tenemos gravitación en la sociedad, y es éste sin ninguna duda nuestro más importante vacío de labor institucional.

Debemos sacar la actividad de los institutos propios y regionales a la luz del conocimiento colectivo, de forma tal que el saber no quede entre cuatro paredes, sino que logre incorporarse a la información masiva que es la que en definitiva llega a la sociedad.

Más compromiso y más difusión le permitirán a nuestra Academia acercarse a los sueños de los que la pensaron y eso constituirá a no dudar los esfuerzos que debemos emprender ya sin excusa alguna.

- d) La historia nos demuestra que no existe Academia si no media absoluta libertad de expresión y pensamiento. Si por cualquier circunstancia -quiera Dios que nunca ocurra- se pretendiese silenciarla de alguna manera, no olvidemos nuestros orígenes ya que siempre podríamos volver al *alma mater*, a nuestra querida Universidad de la misma manera en que nacimos.

# **PREMIOS**



**PREMIO TESIS SOBRESALIENTES  
“DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD”  
2011**

22/2011

Córdoba, 21 de septiembre de 2011

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 20 de septiembre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “*Dalmacio Vélez Sársfield*” Edición 2011.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron las tesis presentadas, tituladas “*Derechos de Daño (análisis de algunos problemas conceptuales)*” de la Dra. **María del Carmen CERUTTI**, aprobada por la Universidad Nacional de Córdoba; “*Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*” de la Dra. **María Pamela TENREYRO**, aprobada por la Universidad Nacional de Tucumán; y “*La extinción de las obligaciones de la quiebra*” de la Dra. **Silvana Mabel GARCÍA**, aprobada por la Universidad Nacional de Rosario.

Que las tesis sometidas a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoran como de distinguida elaboración; en razón que se han presentado investigaciones doctorales de trascendental interés al derecho nacional, tanto en las cuestiones relacionadas al derecho administrativo, el derecho civil, la filosofía del derecho, el derecho comercial y comparado. Las tesistas han desarrollado con profundidad y solvencia el estudio de la normativa del derecho argentino, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpre-

taciones diversas, que permiten señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por los tesisas.

Que dicho premio brinda a su vez, una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de Instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

Art. 1º: Adjudicar el **Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2011** a las tesis doctorales “*Derechos de Daño (análisis de algunos problemas conceptuales)*” de la Dra. **María del Carmen CERUTTI**, “*Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*” de la Dra. **María Pamela TENREYRO**, y “*La extinción de las obligaciones de la quiebra*” de la Dra. **Silvana Mabel GARCÍA**.

2º) Establecer que las publicaciones de las tesis premiadas se efectuarán en forma prorrateada en razón de la disponibilidad presupuestaria.

3º) Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

4º) Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

*Jorge de la Rúa*  
*Académico Secretario*

*Juan Carlos Palmero*  
*Académico Presidente*

## PREMIO JOVEN JURISTA 2011

24/2011

Córdoba, 21 de septiembre de 2011

VISTO:

Que en sesión ordinaria el pleno de la Corporación aprobó el dictamen elevado por los miembros del tribunal convocado para la selección de los postulante del *Premio Joven Jurista - Edición 2011*,

Y CONSIDERANDO:

A tales efectos se han presentado la totalidad de 18 postulantes, habiendo entre los mencionados, graduados de la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Rosario, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, Universidad Católica de Cuyo, Universidad de Mendoza, Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional del Litoral. De esta manera, aparece de indiscutible entidad, que el mencionado certamen, cumple con una buena oferta de expectativa para los jóvenes profesionales de todo el país.

Que después de haberse constituido el Tribunal y consultada la totalidad de los antecedentes académicos y material bibliográfico que han sido agregados por los presentantes, se advierte -y sin con ello, generar ningún grado de detrimento en el resto de los postulantes-, que un pequeño grupo de ellos, tienen una jerarquía de producción científica que los pone por encima del conjunto de postulantes.

Que en dicho orden de cuestiones, se ponderó que el Dr. Agustín Parise, de 34 años de edad, abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, Magister en Derecho por la Luisiana State University y Doctor

en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, con amplios antecedentes académicos (que obran en secretaría) y el Dr. Liber Martín, de 33 años de edad, abogado por la Universidad Nacional de Cuyo y Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza y la Universidad Nacional de Cuyo, con amplios antecedentes académicos (que obran en secretaría), han sido considerados con condiciones suficientes para ser merecedores del Premio Joven Jurista de esta Academia para la edición 2011.

Que en igual manera el Tribunal ponderó la conveniencia del discernimiento de otros reconocimientos a título de *Mención Especial* y que expresamente ha sido ya acordado por la corporación en otras ediciones, cuando los antecedentes si bien no son similares a quienes han obtenido el galardón principal, tienen una entidad digna de ser atendida y correspondiendo alentar mediante dicha distinción, el proceso de producción y formación de los postulantes. Que en dicha condición se ubican el Esp. Ab. Juan José Formaro, de 30 años de edad y abogado por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho Laboral y Doctorando por la Universidad de Buenos Aires, con importantes publicaciones sobre la materia de su especialización; el Esp. Ab. Sebastián Justo Cosola, de 33 años de edad y abogado por la Universidad Nacional de La Plata, Especialista en Contratación Notarial por la Universidad Notarial Argentina y Doctorando en Derecho por la Universidad Austral y la Magister Erica Elizabeth Gorbak, de 34 años de edad, abogada por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Leyes por la Universidad de Harvard y Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires.

De los estudios efectuados a los antecedentes de los postulantes, se aprecia una amplia formación y producción científica en muchos de ellos, ya sea en la investigación en concreto o en la gestión de publicista; por lo que se los alienta a seguir trabajando en ese camino,

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

RESUELVE:

**Art. 1º.-** Adjudicar el *Premio Joven Jurista - Edición 2011*, al Dr. **Agustín Parise** y al Dr. **Liber Martín** por las condiciones aludidas en la presente resolución.

**Art. 2º.-** Otorgar una *Mención Especial* al Esp. Ab. Juan José Formaro, al Esp. Ab. Sebastián Justo Cosola y a la Magister Erica Elizabeth Gorbak.

**Art. 3º.-** Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

**Art. 4º.-** Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

*Jorge de la Rúa*  
*Académico Secretario*

*Juan Carlos Palmero*  
*Académico Presidente*



# **RECENSIONES**



## *INFORMES DEL SÍNDICO CONCURSAL*

Claudio Alfredo CASADÍO MARTÍNEZ,  
Buenos Aires, Astrea, 2011, 391 páginas.

Claudio Casadío Martínez presenta una nueva obra de su autoría, que se agrega a su abundante producción académica, y a sus enjundiosos libros *Créditos con garantía real en los concursos*, *Alternativas para la verificación de créditos*. *Modelos de escritos* y a sus destacados artículos y presentaciones a congresos y jornadas.

Su agudeza y su capacidad intelectual se potencian con sus estudios de abogado y contador público nacional, que le permiten una visión más completa de los fenómenos empresarios y, particularmente, de sus crisis.

El nuevo libro, que afronta las obligaciones de los síndicos concursales en cuanto a sus informes en el proceso de concurrencia de acreedores de un deudor común, está prologado por la indiscutida y calificada pluma de José Escandell, protagonista permanente de congresos y debates especializados.

Entusiasmado por esa lectura, prologar y luego por el contenido de las reflexiones del autor, debo esforzarme para no prolongar lo que debe ser un breve comentario crítico para centrar la temática e incentivar su lectura.

En el Capítulo Primero, el autor apunta a que los informes que deben presentarse en los concursos de acreedores debe intentar aplicarse las “normas de auditoría”, que explicita. Previamente, en la “Introducción” había expresado el contenido del libro al señalar los informes que debe presentar el síndico: 1. De situación laboral del concursado, 2. Mensual. 3. Individual. 4 General. 5. En caso de continuación de la empresa. 6. Final y proyecto de distribución. El capítulo referido continúa con el “Informe de la situación laboral del concursado”, haciendo presente a los denunciados y a los no denunciados, expresando su “Crítica e interrogantes”. Sigue con el “Informe mensual” que incluye la referencia

a existencia de fondos de explotación disponibles -conectado al pronto pago-, introduciendo su metódico “Crítica e interrogantes”, concordando con su criterio de que la información debe ser provista por la concursada, ejercitando el síndico una auditoría.

El Capítulo II afronta el “Informe individual”, con meticuloso encare, con prolijas referencias jurisprudenciales y autorales. Obviamente trata la cuestión de la “causa” -“quizá la que más debate ha suscitado en la verificación concursal” acota el autor-, que se enfrenta con minuciosidad, con análisis de la jurisprudencia y doctrina contradictoria sobre los diversos que se generan ante un supuesto de *concilium fraudis*. No escapa el análisis a la posibilidad de “observaciones” por parte de los interesados -que siempre constituye un sistema de utilidad para el concurso y sin riesgo de costas para el que las formalice-. El completísimo análisis de cuestiones posibles, tareas a realizar y contenido de los informes es exhaustivo y erudito.

Llegamos así a la pieza maestra: el “Informe General” que se aborda en el Capítulo III con cuidada integridad, remarcando que no puede apartarse por coherencia de lo que se manifestó en informes anteriores, posición en la que he coincidido. Al referirse a la cesación de pagos, centro del informe, aborda la infracapitalización societaria poniéndola en relieve. Sus apreciaciones sobre “bienes intangibles” y “llave del negocio” deben seguirse con atención.

En la general ingenuidad con que la primera instancia acepta la popularizada imposibilidad de presentar la documentación contable del deudor, que luego es calificada como “no imputable”, Claudio destaca en “Dictamen sobre regularidad de los libros de contabilidad” el aspecto de la “Falta de libros” señalando para las personas jurídicas la “obligación ineludible de sus administradores”. Rememora mi opinión sobre que “*ha observado a lo ancho y largo del país una predisposición de las sociedades concursadas a sufrir daños totales o parciales sobre todos o algunos de sus libros de contabilidad o de toda o alguna de la documentación respaldatoria, sea por incendios, sustracciones, robos de vehículos donde estaban esos libros o documentación, o hasta inundaciones*”, aseverando el autor: “*En estos casos, la responsabilidad debe recaer sobre los administradores sociales*”. Apunto un caso de una S.R.L. donde ante el concurso del socio gerente y principal en San Juan desaparecieron los libros ante el concurso abierto en esa jurisdicción; y luego ante el posterior *forum shopping* y cambio de nom-

bre para “perder” acreedores se presentó la sociedad en Buenos Aires -donde aún tramita el concurso-, desapareciendo nuevamente los libros por “causas no imputables” al decir de la judicatura. Acabo de leer un caso jurisprudencial donde la Cámara Comercial de la Capital rechaza por abusivo un acuerdo -no recuerdo el nombre de la sociedad-, señalándose como un justificativo más la destrucción de la documentación contable por “granizo”.

Es particularmente ilustrativo el abordaje en este capítulo de la “Época en que se produjo la cesación de pagos”, donde reseña la diferencia entre esa cesación e insolvencia, intentando una “metodología” de apreciación de los estados patrimoniales, especialmente de sociedades.

Es muy interesante la interpretación de Claudio en torno de la conjunción de las leyes de concursos y sociedades respecto a la “Responsabilidad” de socios y administradores.

Integra el informe sobre la categorización y también la “Inclusión del deudor en el Capítulo III de la ley 25.156 sobre concentración económica.

En “Vicisitudes posteriores” se refiere a ampliaciones y pedidos de explicaciones, como a observaciones, y por último a los supuestos de presentación de un segundo informe general. Siempre recuerdo su importante ponencia de *lege data* a un congreso: cuando el síndico en un concurso preventivo es llamado a emitir opinión sobre la propuesta concordataria, sea respecto de sus posibilidades de cumplimiento o mejoras, no puede negarse a expedirse, siendo pasible de sanciones si así obrara. En caso de no contar con suficientes elementos de juicio para dictaminar, deberá requerir a la concursada (directamente o por medio del juzgado) que ésta justifique la propuesta y presente en su caso, el respectivo plan de empresa. La omisión de brindar las explicaciones requeridas por el síndico libera al mismo del deber de emitir su opinión al respecto y debería ser considerado por el juez como un elemento indiciario desfavorable al momento de resolver la homologación del acuerdo.

El Capítulo IV es dedicado al importantísimo aspecto de defensa de los puestos de trabajo a “Informes sobre la continuación de la explotación de la empresa fallida”, donde afronta cuidadosamente -como en el resto de la obra- los aspectos sustanciales y formales de las diversas formas de continuidad de la actividad.

Cierra la parte doctrinal el Capítulo V sobre “Informe final y proyecto de distribución”, con prolijas referencias a preferencias.

La calidad académica y profesional de la obra se integra en el Apéndice con “Modelos de escritos y dictámenes” referidos a los diversos informes tratados.

Ya me he excedido en el propósito de formalizar una breve reseña de esta magnífica obra, destinada particularmente a los síndicos concursales, pero que no deberían dejar de leer los jueces y abogados intervinientes -con diverso rol en un concurso o quiebra-, para asegurar por un lado el cabal cumplimiento de las obligaciones de la deudora -particularmente cuando es una sociedad- y del síndico interviniente -llave maestra del procedimiento-, equilibrando los intereses en pugna, evitando abusos y tratando de llevar a buen fin el proceso, que sin duda lo es la continuidad de la empresa (viable por cierto), con los mismos o diferentes propietarios (o integrados en el esfuerzo común).

Claudio Alfredo Casadío Martínez acredita una vez más su solvencia profesional y académica. Una obra útil, profunda y amena para los que nos desenvolvemos o incursionamos en la organización empresaria.

*Efraín H. Richard*

## INDICE GENERAL

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 2010- 2013) .....	5
<i>EXPOSICIONES DE ACADÉMICOS DE NUMERO</i>	
<b>El distracto</b>	
<i>por Luis Moisset de Espanés</i> .....	9
<b>El incumplimiento de sentencias de la Corte Suprema de Justicia por la provincia de Santa Cruz y la posibilidad de la intervención federal</b>	
<i>por Antonio Maria Hernández</i> .....	27
<b>Abuso del proceso concursal (y otros abusos en torno de la sociedad concursada, como invitación al trabajo interdisciplinario)</b>	
<i>por Efraín H. Richard</i> .....	49
<b>Nuevas fronteras de la definición histórica de personas físicas del art. 51 del Código Civil</b>	
<i>por Juan Carlos Palmero</i> .....	79
<b>El “regreso” al derecho civil para la protección de débiles y vulnerables</b>	
<i>por Ramón Daniel Pizarro</i> .....	119
<b>El pensamiento jurídico cordobés</b>	
<i>por Juan Carlos Palmero</i> .....	129

## *INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES NACIONALES*

Recepción del académico correspondiente en Rosario, Dr. Juan Malcolm Dobson

- Palabras del académico Efraín H. Richard .....	141
<b>La quiebra internacional, la ley modelo de UNCITRAL 1997 y los procedimientos derivados</b>	
<i>por Juan Malcolm Dobson</i> .....	147
Recepción del académico correspondiente en Villa Mercedes (San Luis), Dr. Raúl Eduardo Bertrés	
- Palabras del académico Luis Moisset de Espanés .....	175
- Palabras de agradecimiento del Dr. Raúl E. Bertrés .....	177
<b>Relación entre el derecho público y el derecho privado, sus fuentes. La incorporación del derecho extranjero</b>	
<i>por Raúl E. Bertrés</i> .....	179
 <i>INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS</i>	
Recepción del académico correspondiente en la República del Paraguay, Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli	
- Palabras del académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés .....	201
<b>Sobre el Protocolo de Olivos y el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur</b>	
<i>por José Antonio Moreno Ruffinelli</i> .....	207
Recepción del académico correspondiente en la República de Colombia, Prof. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo	
- Palabras del académico de número Dr. Horacio Roitman .....	257
<b>Perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro. Reflexiones generales en torno al derecho colombiano. Proyección internacional</b>	
<i>por Carlos Ignacio Jaramillo J.</i> .....	263
Recepción del académico correspondiente en la República Plurinacional de Bolivia, Dr. Ramiro Moreno Baldivieso	
- Palabras del académico de número de número y presidente de la corporación, Dr. Juan Carlos Palmero .....	313
<b>El seguro de caución y la cláusula de garantía autoliquidable a primer requerimiento</b>	
<i>por Ramiro Moreno Baldivieso</i> .....	321

*HOMENAJES***Acto de homenaje *in memoriam* al ex académico de número****Dr. Pedro Jose Frías**

- Palabras pronunciadas por el presidente de la Academia de Derecho de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero ..... 355
- Palabras pronunciadas por el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y académico de número, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira ..... 360
- Palabras del Sr. director de la sede Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y de la sede Córdoba del Instituto Argentino-Chileno de Cultura, Dr. Ernesto Rey Caro ..... 363
- Palabras del académico de número y director del Instituto de Federalismo, Dr. Antonio María Hernández ..... 364
- Palabras del académico de número de la Academia Nacional de la Educación, Dr. Hugo Juri ..... 368
- Palabras del académico de número de la Academia del Plata, Dr. Carlos A. Rezzónico ..... 370

**Homenaje al centenario del natalicio del Dr. José Antonio Buteler Cáceres**

- Discurso pronunciado por el Sr. académico de número y presidente de la corporación, Dr. Juan Carlos Palmero ..... 375
- Palabras pronunciadas por el Dr. Domingo Antonio Viale en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba ..... 383

**Homenaje al centenario del natalicio del ex académico de número****Dr. Lisardo Novillo Saravia**

- Palabras del Sr. académico de número, Dr. Juan Manuel Aparicio ..... 387
- Palabras del Arq. Augusto Novillo Saravia en representación de la familia ..... 389

**Homenaje a los 20 años de la reforma del Código de Procedimientos****Penales de la Provincia de Córdoba**

- Discursos pronunciados con motivo de la celebración de los veinte años de la reforma del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba ..... 391
- Discurso del Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero ..... 391
- Discurso del Sr. académico de número y coordinador de derecho procesal penal del Instituto de Ciencias Penales de la Academia,

Dr. José I. Cafferata Nores: A veinte años de la sanción del vigente Código Procesal Penal de Córdoba .....	398
- Discurso del Sr. Prof. Luis M. Zarazaga: El Código de Procedimiento Penal de 1939 como fuente del Código Procesal Penal vigente desde 1991 .....	403
- Discurso de la Sra. vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dra. Aída Tarditti: A 20 años, un recorrido de la implementación de la reforma procesal penal .....	423

**Homenaje a los 20 años de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Córdoba**

- Discurso del Dr. Juan Carlos Palmero en la apertura del acto conmemorativo del vigésimo aniversario de la sanción de la ley 8102 que sancionara la ley orgánica municipal de la provincia de Córdoba .....	431
A 20 años de la sanción de la ley orgánica municipal N° 8102 por Antonio María Hernández .....	439

**Homenaje al bicentenario del nacimiento de Domingo Faustino Sarmiento**

Sarmiento y el instituto del estado de sitio por Ramón Pedro Yanzi Ferreira .....	461
Sarmiento constitucionalista por Antonio María Hernández .....	481

**Acto por el 70° aniversario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

- Discurso conmemorativo del setenta aniversario de la fundación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba .....	495
--	-----

*PREMIOS*

Premio tesis sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” - 2011 .....	513
Premio Joven Jurista - 2011 .....	515

*RECENSIONES*

<i>Informes del síndico concursal</i> , de Claudio Alfredo Casadio Martínez por Efraín Hugo Richard .....	521
---	-----

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de agosto de 2012