



# PRUDENTIA IURIS

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

Abril 1997

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD

*Decano:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

*Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:*

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

*Suplente:*

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

*Por los profesores titulares:*

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,

Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

*Suplentes:*

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,

Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

*Por los profesores protitulares y adjuntos:*

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

*Suplente:*

Dr. NESTOR ALBERTO RAIMUNDO

*Secretario Académico:*

Dr. OSVALDO ONOFRE ALVAREZ

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

*Director:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

*Secretario de Redacción:*

Dr. JULIO JOSE MARTINEZ VIVOT (h.)

*Junta Asesora:*

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,

Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA,

Dr. NESTOR P. SAGÜES, Dr. JOSE O. CLARIA,

Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

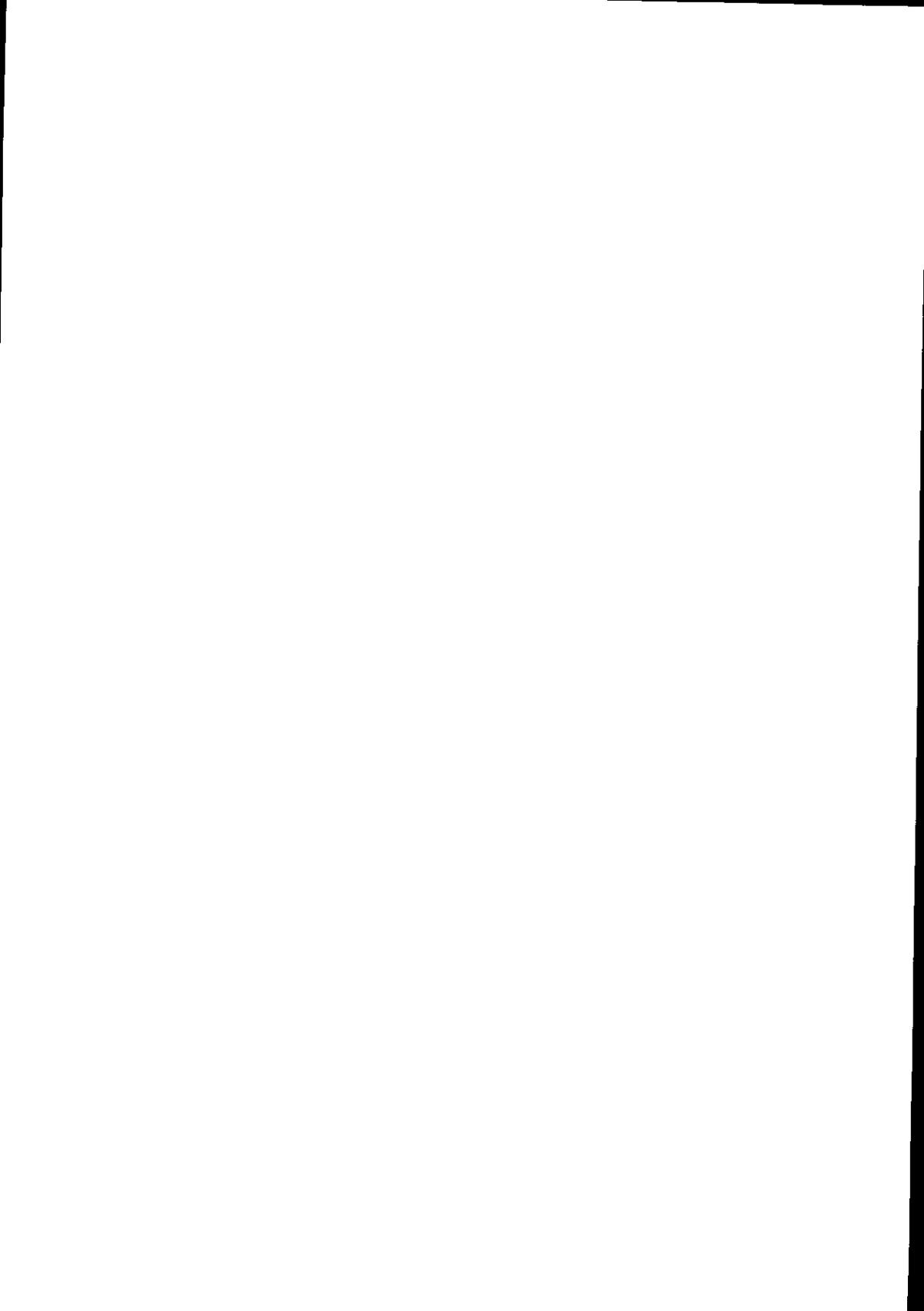
## PRUDENTIA IURIS

ABRIL 1997

NUMERO 43

### SUMARIO

<i>El Tratado Internacional y su condición de Vigencia en el Derecho Argentino.</i> JAVIER BARBIERI .....	5
<i>Compromiso institucional católico. Vinculación con la Iglesia. Misión y autonomía.</i> JOSÉ A. GIMÉNEZ RÉBORA .....	33
<i>La integración y su impacto en los países del MERCOSUR.</i> NANCY L. MALANOS .....	45
<i>Nuestro acceso a los romanos (Algunas dificultades en la enseñanza del Derecho Romano).</i> OSCAR ANDRÉS DE MASI .....	53
<i>Sistemas para resolución de disputas en el Comercio Internacional. Tribunales arbitrales - Tribunales de Justicia.</i> FERNANDO P. BREBBIA .....	59
<i>El hielo como objeto de regulación jurídica internacional.</i> ANGEL ERNESTO MOLINARI .....	75
<i>La "Cautio Muciana".</i> EDMUNDO J. CARBONE .....	85
<i>¿Integración jurídica o autonomía del Derecho Militar? Los operadores jurídico-castrenses y la sanción del código penal ordinario (ley 11.179), durante la primera presidencia de Hipólito Yrigoyen.</i> EZEQUIEL ABÁSULO .....	97



# EL TRATADO INTERNACIONAL Y SU CONDICIÓN DE VIGENCIA EN EL DERECHO ARGENTINO

por JAVIER BARBIERI

## I. INTRODUCCIÓN

*El tratado internacional y su condición de vigencia en el derecho argentino* ha sido, en el último tiempo, el tema que tal vez más haya preocupado a la Corte Suprema de la Nación. En esta materia el alto tribunal produjo, a nuestro criterio, la más trascendente innovación jurídica de su jurisprudencia desde la reinstauración del régimen constitucional de gobierno<sup>(1)</sup>. La nueva doctrina de la Corte estableció la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales, produciendo por vía de interpretación una real mutación constitucional<sup>(2)</sup>. Esta definición constitucional modificó lo que hasta el momento era

- (1) La Corte tuvo, desde entonces, varias modificaciones, tanto en el número de sus integrantes como en la composición del tribunal. El 5/IV/90; por ley 23.774 se elevó de cinco a nueve el número de sus jueces. Asimismo, se produjeron sucesivos cambios en su composición, que detallamos. Previamente a la sanción de la ley mencionada renunció el juez Severo Caballero, anterior presidente del tribunal, e inmediatamente después lo hizo el juez Bacqué. Continuaron en el tribunal los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi. Se hizo necesario, entonces nombrar seis nuevos jueces para completar la integración de la Corte Suprema. Fueron designados para ello, los doctores Ricardo Levene (h), Mariano Cavagna Martínez, Julio Oyhanarte, Julio Nazareno, Rodolfo Barra y Eduardo Moliné O'Connor. Durante el año 1991 renunció el juez Oyhanarte y fue nombrado en su reemplazo el doctor Antonio Boggiano. En 1994, con motivo de la firma del llamado Pacto de Olivos que posibilitaría la reforma de la Constitución Nacional, renunciaron los jueces Rodolfo Barra y Mariano Cavagna Martínez, quienes fueron reemplazados por los doctores Gustavo Bossert y Guillermo López. A comienzos de 1995 renunció el juez Ricardo Levene (h) y asumió en su lugar el doctor Adolfo Vázquez.
- (2) SANTIAGO, ALFONSO, *La Corte de los nueve*, Anuario de Derecho, nro. 1, Universidad Austral, p. 87. Santiago entiende por mutación constitucional el cambio de una regla constitucional, no por reforma del texto constitucional, sino por la modificación de su interpretación.
- (3) Según doctrina de *Fallos*, 257:101 y 271:8; entre otros.

la doctrina tradicional del tribunal: la igualdad jerárquica de los tratados internacionales y las leyes internas<sup>(3)</sup>. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo nuevos criterios de interpretación en las relaciones entre derecho interno y derecho internacional. El nuevo art. 75 inc. 22º otorga a un número de tratados sobre derechos humanos, expresamente consignados en el texto, jerarquía de normas constitucionales. Esta norma deja, además, abierta, la posibilidad de integrar o “constitucionalizar” otros aspectos internacionales sobre la misma materia, en manos del Congreso, contando una mayoría especial (dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara). La Cláusula que establece que los tratados internacionales rigen “*en las condiciones de su vigencia*”, motivó dos recientes e importantes fallos de la Corte Suprema sobre la interpretación de dicha cláusula<sup>(4)</sup>.

Siguiendo la tesis de Dworkin, haremos una breve recorrida del camino seguido por el máximo tribunal en esta materia a fin de tener una mejor comprensión de la doctrina vigente<sup>(5)</sup>. Dividiremos, para ello, la exposición en dos partes principales: en la primera, analizaremos la nueva jurisprudencia de la Corte anterior a la reforma constitucional de 1994; en la segunda parte, lo haremos con los fallos posteriores a dicha reforma. Finalmente, a modo de conclusión, recapitularemos todo el camino recorrido por la Corte Suprema en esta importante *reforma* jurisprudencial.

## II. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

### 1. Caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofóvich, Gerardo y otros” (7/VII/92) <sup>(6)</sup>

Relatamos los hechos.

En un programa televisivo conducido por el demandado, el escritor

(4) Casos “*Vega Villanueva*” y “*Girolodi*”, analizados con detenimiento *infra* nros. III, 1 y III, 2.

(5) DWORKIN sostiene que la función jurisdiccional es semejante a la realización de una novela en la que los sucesivos capítulos de la obra son escritos por diversos autores; cada nuevo escritor que se suma a la serie debe, continuando con el hilo de la trama que se contiene en los capítulos anteriores, desarrollar el suyo propio, haciendo sus personales aportes. Es la teoría del “*novelista en cadena*” con la que este autor describe la historia de las elaboraciones jurisprudenciales (DWORKIN, RONALD, *Law's Empire*, Cap. VII, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1986); cfr. SANTIAGO, *op. cit.*, p. 75.

(6) ED, 148-338; LL, 1992-C-54.

Dalmiro Sáenz emitió palabras agraviantes en relación a N.S. Jesucristo y la Ssma. Virgen María. El actor, fundándose en el derecho de réplica que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobado por ley 23.054, envió una carta de contestación a esos agravios para que fuera leída en una próxima emisión. Ante la negativa del conductor del programa a dar lectura a la respuesta, Ekmekdjian inicia una acción de amparo, que es rechazada en primera y segunda instancia. Los tribunales inferiores siguiendo la doctrina de la Corte Suprema establecida en un anterior precedente, consideraron que el derecho de réplica establecido en el Pacto tenía un carácter programático y que para poder ejercerlo era su previa reglamentación por ley del Congreso<sup>(7)</sup>.

El fallo "*Ekmekdjian*" (tanto el voto mayoritario como en el de la minoría, con excepción del juez Belluscio), sostiene el carácter operativo del derecho de réplica.

La sentencia trata dos cuestiones emparentadas, aunque jurídicamente distintas. En primer término, analiza las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno; en la segunda parte, el fallo se detiene en la interpretación y alcance del referido derecho de réplica contenido en el Pacto de San José de Costa Rica<sup>(8)</sup>. Nos detendremos en el análisis que hace la Corte del tema de los tratados internacionales y

(7) El precedente mencionado es el caso "*Ekmekdjian, Miguel A. c/Neustadt, Bernardo*", del 1/XII/88 (LL, 1989-C-18). Allí, la Corte en el voto mayoritario reiteró el criterio expuesto en la sentencia dictada *in re* de "*Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros*", del 12/III/87 (ED, 123-128), según el cual "*el derecho a rectificación o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno*".

(8) Este derecho forma parte de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) por la ley 23.054 y su ratificación por el Poder Ejecutivo, según la doctrina de este fallo. El Pacto, en su art. 14 dice: "1. *Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.* 2. *En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.* 3. *Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial*".

su relación con el derecho interno; limitándonos a mencionar, del derecho de réplica, sólo aquello que esté vinculado a nuestro tema<sup>(9)</sup>.

La mayoría estuvo compuesta por los jueces Fayt, Barra, Boggiano, Nazareno y Cavagna Martínez; en tanto que la minoría emitió tres pronunciamientos: un voto conjunto de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, y dos votos individuales de los ministros Levene y Belluscio.

El voto mayoritario no se detiene sólo en la fundamentación de la operatividad del derecho de réplica contenido en el Pacto. Va más allá, y elabora una doctrina constitucional de alcance general sobre el orden jurídico internacional y sus relaciones con el interno. Esta es una síntesis de los postulados doctrinales del fallo:

a) El derecho contenido en los tratados tiene primacía sobre el derecho interno (este principio integra nuestro ordenamiento jurídico ya que se contiene en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865 <sup>(10)</sup> y vigente desde 1980 <sup>[11]</sup>);

b) el derecho internacional convencional puede ser violado tanto por acción (sanción de leyes contrarias a los compromisos adquiridos en un tratado internacional) como por omisión (falta de instrumentación legislativa o de algún otro tipo, de esas obligaciones internacionales;

c) si una ley del Congreso pudiera dejar sin efecto una cláusula de un tratado, firmado y ratificado por el Presidente, se estaría violando la distribución de la competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, constituiría un avance inconstitucional del Congreso sobre

(9) En cuanto a un estudio del derecho de réplica remitimos a la lectura del fallo y a los siguientes trabajos: BIANCHI, ALBERTO, *Un fallo sobre derecho de réplica pone en mora al Congreso* (ED, 148-339); BIDART CAMPOS, GERMAN, *El "adentro" y el "afuera" del derecho de réplica* (ED, 148-348); BASSO DASTUGUE, JORGE, *El fallo de la Corte ¿un remedio a la buena salud?* (ED, 148-359).

(10) B.O. 11-IX-73.

(11) Cfr. cons. 18<sup>a</sup> del voto mayoritario. Consideramos importante señalar que aunque, recién en 1969, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se reconoce positivamente la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, ésta era ya una práctica aceptada por la costumbre internacional, descrita en el célebre aforismo romano "*pacta sunt servanda*"; según nos enseñara el Profesor JULIO BARBERIS en el Seminario de Derecho Internacional Público del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina.

las facultades del Presidente, que es quien conduce las relaciones internacionales de la Nación<sup>(12)</sup>;

d) la obligación de hacer cumplir los compromisos adquiridos en los tratados internacionales recae sobre todos los órganos del Estado, también sobre los administrativos y jurisdiccionales<sup>(13)</sup>;

e) la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo, al resolver una consulta sobre la materia, el carácter operativo del derecho de réplica contenido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica; ese criterio es de seguimiento obligatorio para nuestro país<sup>(14)</sup>;

f) las sentencias judiciales pueden ser consideradas como una de las medidas necesarias que se mencionan en el Pacto, mediante las que nuestro país se comprometió internacionalmente a consagrar el derecho de réplica<sup>(15)</sup>.

Los votos de la minoría no contienen un desarrollo extenso de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. Se limitan a sostener el carácter operativo del derecho de réplica en base al texto del artículo 14 del Pacto, a su condición de tratado de derechos humanos que hace presumir la operatividad de sus disposiciones y a la doctrina desarrollada en la opinión de la Corte Interamericana.

## 2. Caso “Servini de Cubría, María Romilda c/ Borensztein, Mauricio s/ amparo” (8/IX/92) <sup>(16)</sup>

En este fallo hubo siete votos. Los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Cavagna Martínez integraron el voto mayoritario. Los jueces Levene, Fayt, Belluscio y Boggiano hicieron cada uno un “según su voto” y los jueces Petracchi y Barra votaron, por separado, en disidencia parcial<sup>(17)</sup>.

(12) Cfr. cons. 17<sup>a</sup> del voto de la mayoría (arg. art. 99 inc. 11<sup>a</sup> de la Constitución, que dice: “*El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones... Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules*”).

(13) Cfr. cons. 20<sup>a</sup> del voto mayoritario.

(14) Cfr. cons. 17<sup>a</sup> y 22<sup>a</sup> del voto de la mayoría.

(15) Cfr. la reglamentación que hace la sentencia del derecho de réplica, en los considerandos 24<sup>o</sup> y ss.

(16) ED, 149-245; JA, 1982-IV-10.

(17) Creemos oportuno señalar lo poco constructivo que resultan este tipo de decisiones, tan dispersas, y muy frecuentes por otra parte, en la jurisprudencia.

He aquí los hechos. La Sra. juez federal María Romilda Servini de Cubría, ante el conocimiento de que en el programa humorístico del demandado se inferirían expresiones agraviantes contra su persona, interpuso acción de amparo solicitando como medida cautelar el secuestro de las grabaciones del programa. La demanda fue rechazada en primera instancia, y, ante la apelación de la magistrada, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dispuso como medida cautelar genérica, la abstención de emitir las imágenes.

Los nueve jueces del alto tribunal, rechazan la sentencia de Cámara por considerarla violatoria del derecho de libertad de expresión amparado por el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>(18)</sup>. Seis de los votos desarrollan principalmente el tema del derecho a la libertad de expresión. Sólo el ministro Boggiano, en su habitual interés por tratar a fondo las cuestiones de derecho internacional, se concentra en demostrar la superioridad del Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) sobre la legislación nacional (art. 1071 bis del Código Civil) <sup>(19)</sup>. En el considerando 22º de su voto dice: *“En el criterio actual de esta Corte resulta insostenible propugnar una inteligencia que*

---

dencia de la Corte Suprema. CARLOS NINO, en ocasión de comentar el fallo “Bahamonde”, de 1993, en un seminario dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, al que asistimos, dijo: *“Es nocivo el que haya cuatro posturas. La Corte no se enriquece con estas continuas disidencias y matices. Si bien esta tendencia existía ya antes, se agravó con esta Corte expandida. Esto denota una falta de liderazgo lamentable, y que no hay nadie con capacidad de conciliar.*

- (18) Art. 14 de la Constitución Nacional: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”*. Art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...”*.
- (19) Artículo 1071 bis del Código Civil: *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”*.

*implique dar prioridad a una ley interna respecto de un tratado internacional. Ha dicho esta Corte que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 de la Constitución Nacional -actual art. 99 inc. 11º).*

La tesis de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas ya había sido sostenida por la Corte, como se vio, en el fallo “Ekmekdjian”. Boggiano, aquí, reitera dicha doctrina, cual es a saber, que el tratado internacional es un acto complejo federal y que, por tanto, su naturaleza determina que no pueda ser derogado por una ley del Congreso. Este argumento va a ser retomado por la Corte y ampliado en el caso “Cafés La Virginia”<sup>(20)</sup>.

### **3. Caso “Fibrica Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (7/VII/93) <sup>(21)</sup>**

La parte actora de este juicio fue contratada por la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande para la construcción de edificios para sus oficinas. El cumplimiento de dicho contrato significó para la empresa constructora enormes gastos no previstos, originados en la situación de emergencia económica que había en el país. Fibrica S.C.A. reclamó a la Comisión Mixta de Salto Grande los gastos imprevisibles.

El Acuerdo de Sede para la construcción de la represa de Salto Grande estipulaba que la Comisión Técnica Mixta que en él se creaba gozaría de inmunidad contra todo procedimiento judicial o administrativo de los países firmantes. Para resolver eventuales conflictos jurídicos se constituyó un tribunal arbitral dentro de la propia Comisión, cuyas decisiones quedaban fuera de la revisión de los tribunales nacionales.

Interviene, entonces, este tribunal para dirimir el conflicto. Dicta su laudo, que es apelado por recurso extraordinario, que resulta denegado; pues el art. 4º del Acuerdo de Sede referido, aprobado por ley 21.756, establecía que las decisiones del tribunal son totalmente independientes de la jurisdicción argentina. La parte actora recurre en queja ante la

<sup>(20)</sup> V. *infra*, II, 4.

<sup>(21)</sup> ED, 154-161.

Corte Suprema, y este tribunal, con el voto de cinco de sus miembros se pronuncia por la constitucionalidad de la inmunidad establecida en el Acuerdo de Sede.

La innovación de este fallo respecto del dictado por el mismo tribunal un año antes<sup>(22)</sup>, radica en que se ha establecido la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno en una materia que va más allá de los derechos humanos. La Corte Suprema ha admitido la validez constitucional de una jurisdicción internacional independiente y complementaria de la nacional, cuyas decisiones no pueden ser revisadas por tribunales nacionales.

La doctrina que se desprende de este decisorio es, en síntesis, la siguiente:

a) el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados asigna primacía a éstos ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, siempre que se aseguren los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional;

b) en consecuencia, los jueces argentinos deben otorgar supremacía a las normas internacionales sobre las leyes nacionales en la resolución de conflictos sujetos a su jurisdicción, y tener en cuenta a las primeras en el modo de interpretar las leyes nacionales, de modo tal que no se produzca colisión entre ambas;

c) se admite la validez constitucional de tribunales supranacionales, cuyas decisiones no pueden ser revisadas por jueces argentinos.

Este precedente, junto con los dos analizados anteriormente *derogan* la tesis dualista sostenida durante muchos años por la Corte Suprema. El fallo dictado al año siguiente, *in re "Cafés La Virginia"*, desarrolla más exhaustivamente la actual doctrina de la Corte.

#### **4. Caso "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación por denegación de repetición" (13/X/94) <sup>(23)</sup>**

En este fallo, el supremo tribunal analiza en profundidad la doctrina de los tratados internacionales y su relación con el derecho interno, expresando con amplitud los fundamentos que la llevaron a abandonar

(22) C.S.J.N., *in re "Ekmekdjian"*, cfr. *supra* II, 1.

(23) ED, 160-252. En el tiempo transcurrido entre los fallos "*Fibraca*" y "*Cafés La Virginia*"; con fecha 22/XII/93, la Corte dictó sentencia en la causa caratulada "*Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Juicio de*

la postura dualista largamente defendida, para adoptar finalmente el monismo<sup>(24)</sup>.

### *Los hechos*

Cafés La Virginia demandó a la Administración Nacional de Aduanas por repetición de derechos de importación adicionales que se le había obligado a pagar por la introducción al país de café crudo en grano, originario del Brasil<sup>(25)</sup>. La demandante había sostenido que tal impuesto era violatorio del Acuerdo bilateral nro. 1; firmado entre la República Argentina y la república Federativa del Brasil, en el marco del Tratado de Montevideo de 1980; que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (A.L.A.D.I.). En dicho Acuerdo ambos estados fijaron el tratamiento arancelario de la importación y exportación recíproca de diversos productos entre los cuales se encuentra el café crudo, al que se le dio un arancel del cero por ciento.

---

*conocimiento*" (ED, 158-130), donde se reiteran los argumentos esgrimidos en los precedentes mencionados. Omitimos su tratamiento, pues, todos ellos son analizados en el fallo que ahora comentamos.

(24) La teoría "dualista" supone que el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno, son independientes y tienen la misma jerarquía, y que una norma internacional, para tener vigencia en el derecho interno deberá ser "incorporada" a éste por un tratado. Sostiene, además esta tesis, que las leyes que los jueces aplican son las leyes internas (es decir, las que "incorporan" los tratados a nuestro derecho), y no los tratados mismos; y que, por tanto, una ley interna puede derogar un tratado internacional cuando es posterior. Esta doctrina fue sostenida por la Corte Suprema, en *Fallos* 257:99 (*in re "Martín"*, 1963) y *Fallos* 271:7 (*in re "Esso"*, 1968), entre otros. Se afirmó allí que "*ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados como ley suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno*" (cfr. cons. 6<sup>a</sup> de *Fallos* 257:99). "*Se sigue de lo dicho —se agregó— que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a los anteriores. En su expresión clásica: "leges posteriores priores contrarias abrogant", ha sido también admitido como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana*" (cfr. cons. 8<sup>a</sup>, *Fallos*, cit.).

(25) Esta obligación había sido impuesta por la Resolución del Ministerio de Economía nro. 174/86; es decir que el derecho de importación cuestionado ni siquiera emanaba de una norma dictada por el Congreso, como exigía el inc. 1<sup>a</sup> del art. 67 de la Constitución Nacional, antes de la reforma de



Constitución Nacional<sup>(27)</sup>. Sostiene que este artículo no puede dar lugar a una interpretación que permita otorgar primacía a las leyes internas sobre los tratados internacionales. Para comprender ello, basta leer la cita que de John Jay (coautor de *El Federalista* con Hamilton y Madison) hace en el considerando 21º:

*“Otros, aunque conformes con que los tratados se celebren de la manera propuesta, no lo están con que se les considere como la ley suprema de la Nación. Sostienen y hacen profesión de creer que los tratados, como los demás actos de una asamblea legislativa, deberán poder revocarse cuando parezca conveniente. Esta idea parece ser nueva y original en nuestro país, pero tanto pueden surgir nuevas verdades como nuevos errores. Estos señores habían bien en reflexionar que el tratado es sólo otro nombre que se aplica a un contrato, y que sería imposible encontrar una Nación dispuesta a celebrar cualquier contrato con nosotros, que los comprometiera a ellos de modo absoluto y a nosotros sólo tanto tiempo y hasta el grado que se nos antojara. Los que hacen las leyes pueden, sin duda alguna, enmendarlas o derogarlas; y tampoco se discute que quienes hacen los tratados pueden alterarlos; pero no olvidemos que los tratados están hechos no sólo por una de las partes contratantes, sino por las dos y, consiguientemente, que así como el consentimiento de ambas fue indispensable para su conclusión original, así también lo es [para] siempre alterarlos o cancelarlos (El Federalista, nro. 64; p. 275; México, Fondo de Cultura Económica, 1974; la preposición puesta en los corchetes figura en la obra citada)”*.

En el segundo postulado de su argumentación, el juez Boggiano sostiene que el mecanismo diseñado por el constituyente para la celebración de acuerdos internacionales, da pleno sentido al sostenimiento de la tesis monista, “pues —dice— la **complejidad** de su articulación contribuye al mantenimiento de los vínculos asumidos”<sup>(28)</sup>. Un tratado constitucionalmente celebrado constituye un acto complejo federal. En efecto, el Poder Ejecutivo concluye y firma los tratados (art. 86 inc. 14º, Constitución Nacional —art. 99 inc. 11º)”, el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67 inc. 19º, Constitución Nacional

(27) Art. 31 de la C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

(28) Cons. 23ª, (el subrayado no forma parte del original).

—art. 75 inc. 22º) y el Poder Ejecutivo ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional<sup>(29)</sup>. En el considerando 23º *in fine* expresa: “*La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso —o por cualquier otro acto interno de menor jerarquía normativa— violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional*”.

Por último, en su tercer postulado en orden a la destrucción de la tesis dualista, Boggiano se apoya en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en el derecho argentino por ley 19.863<sup>(30)</sup>. Expresa que el art. 27 de la citada Convención “*impone a los órganos del Estado argentino dar prioridad a un tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma interna contraria que equivalga a su incumplimiento*”<sup>(31)</sup>; ello así, en virtud de lo dispuesto en los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional<sup>(32)</sup>. Sostiene el juez Boggiano, sin embargo, que nuestra Constitución tiene preeminencia sobre las normas internacionales, y que esta supremacía se encuentra resguardada en la propia Convención de Viena en su art. 46; que establece la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno<sup>(33)</sup>.

(29) Anotamos los artículos de la Constitución Nacional de 1853-60, como lo hace Boggiano, y agregamos el número según la reforma de 1994 entre guiones. Esta particularidad del voto no deja de ser curiosa, por cuanto la Constitución reformada ya se encontraba en vigencia a la fecha del fallo. Creemos, sin embargo, que ello no sólo obedece, como se expresara, a que los hechos del litigio son anteriores a la reforma de 1994; sino que también se intenta demostrar que originariamente nuestro ordenamiento constitucional sostenía la tesis monista, a pesar de que la Corte durante muchos años aplicó el criterio dualista.

(30) B.O., 11/IX/73. La ley 19.865 entró en vigencia en nuestro país en 1980.

(31) Cfr. cons. 25º. En apoyo de esta tesis, BOGGIANO cita al profesor de Derecho Internacional Julio Barberis (cfr., BARBERIS, JULIO, “*La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina*”, Prudentia Iuris, nro. XVII-XVIII, diciembre 1985-abril 1986; p. 192 y ss.). Vid. nuestra. n.º. 11.

(32) C.N., art. 27: “*El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”. Vid. texto del art. 31 C.N. en la n.º. 27.

(33) Cons. 25º *in fine*.

### III. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

#### 1. Caso “Vega Villanueva, Marina y otro s/ querella” (22/XII/94) <sup>(34)</sup>

##### a) *Los hechos*

Elbrous Bassiev, parte querellante en estos autos, otorgó mandato de representación, en su carácter de apoderado de la empresa extranjera *Sovintervord*, a dos abogadas argentinas, para querellar por estafa, defraudación y asociación ilícita a los representantes de varias sociedades locales. Acreditó su carácter de mandatario legal de la firma *Sovientrvord* con la siguiente documentación: a) escritura de poder otorgado ante un escribano público del Estado ruso; b) legalización de dicho poder ante el Ministerio de Justicia de aquel país; c) legalización de la misma escritura por el consulado argentino en Moscú; d) legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de nuestro país.

Nikolai Grichenko, uno de los imputados y en ese momento director de *Sovintervord*, se presenta alegando que el poder otorgado a Bassiev había sido revocado e interpone las excepciones de falta de personería y de acción. Acredita su representación de la empresa con los siguientes documentos: a) escritura pública de revocación del poder de Bassiev labrada ante un escribano público de Buenos Aires; b) una nota de la sección consular de la embajada rusa en Buenos Aires certificando la firma de Grichenko “*quien permanece en el país como director general de la empresa soviética*”; y c) traducción de la Resolución del consejo Administrativo de *Sovintervord* (en Moscú) por la que se revocaba el poder de Bassiev. (Estos documentos no fueron legalizados por el cónsul argentino en Moscú.)

El juez de primera instancia hizo lugar a las excepciones presentadas por Grichenko. En lo referente a la falta de personería, reconoció a éste la facultad de otorgar poderes y, por ende, de revocarlos. El magistrado consideró esto “*el núcleo de la cuestión*” ya que Grichenko, a criterio del juez, había aportado la documentación por la cual se revocaba el poder de Bassiev. Como consecuencia de ello, “*el andamiaje construido para instar y ejercer la acción penal oportunamente otorgado a los querellantes ha sido dejado sin efecto por el representante genuino de la empresa*”

(34) C.S.J.N., V. 129<sup>a</sup>, XXV. Rec. de hecho 6303; causa 52.326 (/22/XII/94).

*soviética*”; concluyó el juez desestimando las impugnaciones formales realizadas por la querrela.

La Sala Iª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia. Resolvió, en punto al tema de la excepción de falta de acción y con remisión parcial a lo decidido en primera instancia, que la relación de dependencia que Bassiev tenía con la empresa querrelada le imponía la obligación de cumplir con las directivas de sus superiores jerárquicos, por lo cual los hechos denunciados no constituían delito alguno, sin perjuicio de las acciones laborales que le pudieran corresponder.

Contra el pronunciamiento de la Cámara, la letrada apoderada de Bassiev interpuso recurso extraordinario, el cual fue denegado; por lo que dedujo la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la recurrente sostuvo, entre otros argumentos, que al reconocer la Cámara la representación invocada por Grichenko sobre la base de un certificado del cónsul ruso en la Argentina y de un acta de directorio fechada en Moscú, había infringido las reglas sobre legalización de documentos extranjeros contenidas en el Reglamento Consular (aprobado por decreto 8714/63 y sus modificaciones). Estas normas establecen:

*Art. 223: “Los funcionarios consulares son los autorizados para autenticar las firmas en aquellos documentos que deban surtir efecto en la República. Deberán tener en cuenta, a esos fines, que nuestra legislación consagra el principio de derecho que las formas y solemnidades de los instrumentos públicos se rigen por las leyes del país que los otorga”.*

El art. 3º del decreto 332 <sup>(35)</sup> agregó a la norma transcripta que los funcionarios consulares eran los autorizados para efectuar las autenticaciones,

*“(…) salvo las disposiciones de la Convención de La Haya de 1961 sobre Supresión de Legalización de Documentos Públicos y Anexos ratificado por ley 23.458 y vigente desde el 18 de febrero de 1988 (...)”.*

*Art. 227: “En ningún caso la autenticación de firma podrá ser suplica por el agente diplomático o consular acreditado en la República por la nación de que el documento emane”.*

Ahora bien, estos requisitos de validez de documentos públicos extranjeros son suprimidos por la Convención de La Haya sobre Supresión

<sup>(35)</sup> B.O., 17/IV/89.

de Legalización de Documentos Públicos aprobada por ley 23.458 y vigente desde el 18/II/88; que dice:

*“los funcionarios consulares serán los autorizados... salvo las disposiciones de la Convención de La Haya sobre Supresión y Legalización de Documentos Públicos Extranjeros”.*

La cuestión es, a saber, si al momento de la agregación al expediente de la documentación que acredita la representación de Grichenko (no legalizada por el cónsul argentino en Moscú) regía la Convención de la Haya sobre Supresión de Legalización de Documentos Públicos; o, en otras palabras, si podía prescindirse de dicha legalización como requisito de validez dichos instrumentos.

*b) El caso ante la Corte*

La Corte Suprema resolvió, por el voto de siete de sus miembros, no hacer lugar al recurso de queja por no cumplir el extraordinario con el requisito de fundamentación autónoma. Los jueces Boggiano y Petracchi disintieron en forma conjunta. En su voto sostienen que la Cámara ha hecho una errónea interpretación de las normas federales en juego al otorgar validez probatoria decisiva al acta de directorio y al certificado consular sobre cuya base concluyó que el imputado Grichenko era el representante de la empresa rusa *Sovintervord*. Las aludidas normas federales son los arts. 223 y 227 del Reglamento Consular, ya citadas.

A juicio de los ministros Boggiano y Petracchi, *“la Cámara ignoró la prohibición contenida en el art. 227 y omitió aplicar el artículo 223 del Reglamento Consular que exigía la legalización ante el cónsul argentino de los documentos extranjeros que eventualmente acreditaran la calidad de Grichenko para que pudiesen surtir efecto en la República”*<sup>(36)</sup>. Tampoco tuvo en cuenta adecuadamente las normas mencionadas a fin de efectuar una correcta valoración de la resolución del consejo administrativo de *Sovintervord*, supuestamente oriunda de Moscú, en orden a tener por cierta la representación invocada por quien se opuso a la querella.

La disidencia considera que la Convención de La Haya, que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, no se encontraba vigente entre nuestro país y la Federación Rusa a la fecha de agregación al expediente de los documentos en cuestión. Por su parte, estos tampoco han satisfecho, según la disidencia, los requisitos exigidos por la citada convención según la cual basta actualmente la *apostille* en

(36) Cons. 8ª.

ella prevista para probar la autenticidad de los documentos extranjeros. En consecuencia, el voto disidente considera que *“no se ajusta a derecho la decisión de Cámara en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de personería, lo cual debe llevar a su invalidación en este punto. Tal solución hace perder, asimismo, todo sustento a la resolución apelada en lo que se refiere a la excepción de falta de acción”*<sup>(37)</sup>.

Hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada, ordenando nuevo pronunciamiento por quien corresponda.

### *c) análisis del voto de la disidencia*

Distinguimos ya, los países que debe seguir según nuestro ordenamiento constitucional un tratado internacional para convertirse en derecho vigente: conclusión y firma por el Poder Ejecutivo Nacional; aprobación por el Poder Legislativo; ratificación, y canje o depósito del instrumento también por el P.E.N. Pues bien, en el caso presente el art. 11 de la Convención de La Haya establece que la norma entrará en vigencia a los 60 días de ser depositado el tercer instrumento de ratificación y el art. 10 aclara que el depósito correspondiente se hará en el Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos. Los Estados signatarios pueden adherir después de su entrada en vigencia mediante el depósito correspondiente del instrumento.

Ahora bien, ¿cuándo entra en vigor para los países adherentes (caso de la Federación Rusa y la República Argentina)? La convención de La Haya, según el texto que la ley nacional de aprobación nro. 23.458, reproduce, no dice nada al respecto<sup>(38)</sup>. Entonces, ¿cómo saben los jueces Boggiano y Petracchi que el tratado entró en vigencia para nuestro país el 18/II/88?

La respuesta a esta pregunta la encontramos en el art. 12 inc. 3º de la Convención de La Haya de 1961; que dice:

*El tratado entrará en vigencia entre el Estado adherente y los que no hayan presentado objeciones contra la adhesión (el plazo para estas objeciones es de seis meses, según el art. 12 inc. 2º), dentro de los sesenta días luego de transcurrido el plazo de seis meses aludido”*<sup>(39)</sup>.

(37) Cons. 11ª.

(38) B.O., 21/IV/87.

(39) El texto completo del art. 13 de la citada convención según fuera promulgado y publicado en el Boletín Oficial, es el siguiente: *“Todo Estado no contemplado en el art. 10 podrá adherir a la presente convención después*

Este inciso 3º, que forma parte del texto original d, por una omisión no fue incluido en el texto de la ley 23.458. No obstante ello, aplicando los principios del monismo, los jueces Boggiano y Petracchi, considerándolo derecho vigente, lo aplican.

Hagamos entonces el cálculo matemático para saber a partir de qué fecha se encontraba vigente en nuestro derecho la Convención de La Haya. La República Argentina adhirió el 8/V/87. A partir de esta última fecha comienza a correr el plazo de seis meses para presentar las objeciones. Dicho plazo vence el 20/XII/87 y comienza allí uno nuevo, el último, de sesenta días, para su definitiva entrada en vigencia. En consecuencia, la Convención de La Haya sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros entra en vigencia para nuestro país el 18/II/88. Hasta aquí, las presentaciones de Grichenko se beneficiaban con la supresión contenida en ella.

Pero, ¿cuándo entra en vigencia para la Federación Rusa? El 31/V/92; es decir, con posterior a la agregación de los documentos de Grichenko. La disidencia sólo menciona la fecha de entrada en vigencia entre la República Argentina y la Federación Rusa; no obstante, no es difícil deducirla, con los siguientes datos extraídos del fallo:

- (8/IX/92) notificación a la Federación Rusa;
- 1/IV/92: vencimiento del plazo de seis meses;
- 31/V/92: se cumplen los sesenta días;
- 31/V/92: entra en vigencia para la Federación Rusa (reiteramos, esta fecha es posterior a la agregación de los documentos por Grichenko, según lo expresa la Corte).

Es decir, si bien la Convención de La Haya sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros entró en vigencia para nuestro país el 18 de febrero de 1988, a esa fecha aún no se encontraba vigente para la del Estado ruso. Y, consecuentemente, los documentos provenientes de dicho país debían cumplir con las formalidades de la legalización del decreto 8714/63 (que impone la legalización por el cónsul argentino en Moscú).

---

*de su entrada en vigencia en virtud del art. 11, párrafo primero. El instrumento de adhesión deberá ser depositado ante el Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos.*

*“La adhesión sólo tendrá efecto para las relaciones ante el Estado adherente y los Estados contratantes que no hayan presentado objeción al respecto dentro de los seis meses subsiguientes al recibo de la notificación prevista por el art. 15 letra d)” (v. ADLA XLLVII-A p. 87).*

#### **d) La disidencia y el art. 75 inc. 22º de la Constitución Nacional**

El artículo 75 inc. 22º de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, establece como atribución del Congreso:

*“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

*“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (...) (40); en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (...)”.*

La “pregunta constitucional” que surge de la lectura del fallo es la siguiente: ¿estaba vigente en nuestro derecho interno el inciso 3º del art. 12 de la Convención, no obstante su no inclusión en la ley federal de apropiación?— Sí; según lo sostuvo la disidencia.

Esta interpretación del citado inciso tiene, a nuestro entender, las siguientes consecuencias:

- a) cuando una ley del Congreso aprueba un tratado todavía no vigente aún en el derecho internacional, no obstante la publicación del texto en el Boletín Oficial, el tratado no entra en vigencia en nuestro derecho;

- b) carece de objeto distinguir una vigencia interna del tratado (previa a su vigencia internacional) y otra (vigencia) en sede internacional;

- c) la vigencia de un tratado a la que se refiere la Constitución Nacional cuando dice “*en las condiciones de su vigencia*” es la vigencia internacional (que no puede ser otra distinta que la que rige en el ámbito interno) (41).

(40) Aquí se enumeran los diez tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en el texto del art. 75 inc. 22º.

(41) Sobre este punto en particular vuelve la Corte en el caso “*Girolodi*”, que a continuación analizamos.

## 2. Caso "Giroidi, H. D. y otro s/ recursos de casación" (7/IV/95) <sup>(42)</sup>

### a) Los antecedentes del fallo

Tres meses y medio después del fallo "Vega Villanueva", la Corte Suprema dicta sentencia en el caso "Giroidi". Votan sólo seis ministros, faltando Levene, Bossert y López; no hay votos en disidencia.

Se plantea en esta litis un caso de inconstitucionalidad de ley. Se trata del art. 459 inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación, en aparente contradicción con lo dispuesto por el art. 8 inc. 2º ap. (h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

El art. 459 del Cód. Procesal Penal (Libro IV, Recursos) hace una enumeración taxativa de los casos en que procede el recurso de casación; en su inc. 2º dice:

*"2) El imputado o su defensor podrán recurrir.. De la sentencia del tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres años de prisión, doscientos mil australes de multa o cinco años de inhabilitación".*

El Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 8 inc. 2º ap. (h) mencionado sostiene a su vez:

*"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior".*

El conflicto normativo que se discute en este caso tiene su origen en la reforma de 1991 a las normas de procedimiento penal<sup>(43)</sup>. Al crearse un tribunal oral colegiado de instancia única, se suprime la doble instancia (exigida por la Convención de Costa Rica) <sup>(44)</sup>.

<sup>(42)</sup> ED, 5/VII/95.

<sup>(43)</sup> Ley 23.984; B.O., 9/IX/91.

<sup>(44)</sup> Este problema había sido advertido por Bidart Campos en 1988 —tres años antes de la reforma al Código Procesal Penal— al criticar el fallo de la Corte Suprema *in re "Jáuregui"* (Fallos 311:274). En este pronunciamiento el alto tribunal sostuvo que el requisito de la doble instancia quedaba soslayado por la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal. Bidart Campos dijo entonces: *"recurrir el fallo ante tribunal superior supone, a nuestro criterio, poder someterlo a revisión en toda la extensión de lo que*

¿Qué solución queda entonces, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para cumplir con la exigencia del Pacto de San José de Costa Rica y a la vez salvaguardar el sistema de enjuiciamiento oral (al que la doctrina y la legislación procesales ven con creciente entusiasmo debido a sus bondades)?

Hasta el fallo que estamos comentando, la ley nos dejaba dos posibles soluciones a este conflicto normativo, que eran: el recurso extraordinario federal y el recurso de casación. Ambos, sin embargo, parecían insuficientes. El primero —como lo expresara Bidart Campos—, por la índole misma del recurso, lo limitado de su alcance, tanto para las cuestiones por las que puede interponerse (casos federales), como por el exiguo marco de discusión dentro de su extraordinaria instancia (quedan excluidas, en principio, las cuestiones de hecho). El otro recurso posible frente a una condena emanada de un tribunal oral es el de casación, contemplado en los arts. 456 y ss. del Cód. Procesal Penal. Pero, la interposición de éste se encuentra restringida a la existencia de los supuestos que enumera el art. 459 C.P.P.; y esta es la cuestión constitucional que plantea Giroidi: su condena, por ser menor a tres años de prisión, no le permitía utilizar la vía del recurso de casación.

La Corte Suprema, intentando salvaguardar la constitucionalidad del art. 459 del C.P.P., sostuvo en un primer momento que la posibilidad de recurrir por la vía extraordinaria era garantía suficiente de la doble instancia. Es decir, para aquellos casos que quedaran excluidos del recurso de casación quedaba abierta la vía del extraordinario federal. Este criterio es abandonado en “*Giroidi*”, donde declara la inconstitucionalidad de la norma procesal que limita la apelación ante el tribunal de casación.

Recapitulemos. En el caso “*Jáuregui*” el alto tribunal había resuelto

---

*él ha resuelto, por lo que un recurso que, como el extraordinario, es de extensión limitada —y muy limitada— porque se ciñe a las cuestiones federales exclusivamente, no abre campo para la referida revisión amplia”* (ED, 129-791). Y frente a la posibilidad de invocar el argumento de que la colegialidad del tribunal de instancia única ya confiere la garantía que procura otorgar el recurso ante tribunal de alzada, se adelantaba el distinguido jurista, diciendo: “*Si así fuera la cosa, las normas de ambos pactos (se refiere a la Convención de San José de Costa Rica y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 145 contiene una norma similar) podrían interpretarse como si dijeran: ‘derecho a recurrir el fallo ante tribunal superior cuando el inferior es unipersonal’. ¿Cabe hacer decir a esas normas algo que no dicen directamente?”* (BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El recurso extraordinario no satisface el requisito de la doble instancia...”, ED, *cit.*).

que la garantía de la doble instancia contenida en el Pacto de Costa Rica quedaba salvada con la posibilidad de apelación por la vía del recurso extraordinario de la ley 48. Dijo allí *“que el derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior queda abastecido en los casos como el sub examine por la existencia del recurso extraordinario federal ante la misma Corte”*<sup>(45)</sup>. En *“Girolodi”*, como hemos dicho, reconsidera esta decisión. Veamos el caso en detalle.

b) *El caso “Girolodi”*

H. D. Girolodi fue condenado en primera instancia, por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6, a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor del delito de robo simple en grado de tentativa. Contra dicho pronunciamiento la Defensora Oficial interpuso el recurso de casación. Sostuvo que la sentencia violaba la garantía de la defensa en juicio y que el límite impuesto por el art. 459 inc. 2º del Cód. Procesal Penal era inconstitucional por contrariar el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica.

La Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el planteo de inconstitucionalidad y declaró inadmisibile el recurso de casación sosteniendo que *“la causa ha fenecido en instancia única, por lo que su sentencia es final y contra ella cabe el recurso extraordinario de apelación”*<sup>(46)</sup>. Citó como precedente el caso *“Jáuregui”*. Denegado el recurso extraordinario, es interpuesta la queja ante la Corte.

El máximo tribunal *“reniega”* de aquella jurisprudencia (*“Jáuregui”*), sosteniendo que *“las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al Tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”*<sup>(47)</sup>.

Decide, entonces, no aplicar la doctrina de *“Jáuregui”*, y declara la

(45) C.S.J.N., *in re “Jáuregui”*, del 15/III/88, *Fallos* 311:274; ED, 129-145.

(46) Cons. 2ª.

(47) Cons. 7ª. El art. 280 del Cód. Procesal de la Nación, según ley 23.774, dice: *“La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.”*

*“invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459 inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena”*<sup>(48)</sup>.

En una importante explicación referida a la decisión tomada y con referencia obligada al tema de los tratados internacionales y su relación con las leyes internas, expresa el fallo:

*“Que ya la recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación”*<sup>(49)</sup>.

En síntesis, la Corte Suprema cambia la jurisprudencia del fallo “Jáuregui” resolviendo que el recurso extraordinario federal ya no resguarda la garantía de la doble instancia judicial en materia penal exigida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y se ve entonces obligada a sostener la competencia de la Cámara de Casación como tribunal de segunda instancia de las sentencias apeladas provenientes de los tribunales de enjuiciamiento oral<sup>(50)</sup>.

### **3. Caso “Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio S.C.A. s/ Ejecución de alquileres.” (26/XII/95) <sup>(51)</sup>**

Este último fallo traído a nuestro análisis resuelve principalmente un asunto *ius privatista* internacional<sup>(52)</sup>. Sin embargo, hemos creído oportuno incluirlo en este estudio, aunque brevemente, pues agrega una

<sup>(48)</sup> Cons. 10ª.

<sup>(49)</sup> cons. 11ª (el subrayado no es parte del original).

<sup>(50)</sup> Por nuestra parte, no creemos que ésta sea la función de la Cámara de Casación Penal pensada por el legislador, ni la de ningún otro tribunal que se llame “de casación”. Su creación, como el propio nombre lo indica, tiene por fin la unificación de la jurisprudencia, penal en estos casos, y no la de cumplir las veces de tribunal de segunda instancia en cualquier proceso donde exista una condena. Dejamos planteada esta crítica solamente, pues el análisis de este tema excedería en mucho los fines de nuestro trabajo.

<sup>(51)</sup> Revista *El Derecho*, 9/IV/96.

<sup>(52)</sup> Se trata de la interpretación de los arts. 36 y ss. del Tratado de Montevideo de 1940; referidos a la ley que rige la validez de los Actos Jurídicos.

nota más de importancia a esta evolución jurisprudencial iniciada por la Corte en el caso “*Ekmekdjian*”.

Se discute aquí la validez formal de una cesión de derechos efectuada en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, mediante instrumento privado. La sentencia de la Corte contiene dos partes bien definidas. Una se refiere a la habilitación del recurso extraordinario federal cuando se encuentra en juego la interpretación de alguna cláusula integrante de un tratado internacional, y la otra analiza la validez de una cesión de derechos efectuada en la República Oriental del Uruguay en contradicción con la exigencia del artículo 1455 de nuestro Código Civil<sup>(53)</sup>. En lo concerniente a la segunda cuestión, nos limitaremos a señalar cuál es el decisorio final de la Corte, pues refiere a un problema de determinación del punto de conexión de la norma, en una indagación —como dijimos— de cariz netamente internacional *ius privatista*.

El fallo contiene cuatro votos. La mayoría está integrada por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Bossert y Vázquez. Los ministros Fayt y Petracchi, conjuntamente, y el ministro Belluscio, votan en disidencia.

En cuanto a la decisión de fondo (interpretación del art. 36 del Tratado de Montevideo de 12940), la Corte resuelve por unanimidad confirmar la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala M), en cuanto hace lugar a la excepción de inhabilidad de título fundada en la nulidad de la cesión de créditos hecha por instrumento privado (arg art. 1455, Cód. Civil) <sup>(54)</sup>.

La segunda cuestión, relativa a la admisibilidad del recurso extraordinario, es resuelta por la mayoría en estos términos: “... *la naturaleza federal del tratado alcanza también a su contenido. Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común.*”

(53) Artículo 1455 del Código Civil: “*Exceptúanse (del principio de libertad de forma) las cesiones de acciones litigiosas que no pueden hacerse bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, o por acta judicial hecha en el respectivo expediente; y los títulos al portador, que pueden ser cedidos por la tradición de ellos.*”

(54) Puede consultarse, para un análisis detenido sobre la aplicación de las normas del Tratado de Montevideo por la Corte en este fallo, la nota de PARDO, ALBERTO JUAN, “*Inteligencia e interpretación de una disposición de un tratado. Régimen internacional de la forma*”, en Revista *El Derecho*, 9/IV/96.

*Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquéllas poseen en virtud de su fuente internacional*"<sup>(55)</sup>.

El máximo tribunal reitera también la importancia vital que tiene en nuestro actual ordenamiento jurídico el que los tratados internacionales sean superiores a las leyes internas. Citando a prestigiosos autores *iur* internacionalistas como Verdross<sup>(56)</sup>, Rousseau<sup>(57)</sup>, Pau<sup>(58)</sup> y Basdevant<sup>(59)</sup>, expresa:; "...cuando el país ratificó un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino"<sup>(60)</sup>.

*"(...) El tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma (art. 99 inc. 11º, de la Constitución Nacional), el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75 inc. 22º, de la Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica el tratado aprobado por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional"*<sup>(61)</sup>.

(55) Cons. 10ª del voto mayoritario. La Corte ya había sostenido *in re* "Kaufman, J. c/ Sociedad General de Autores" (1/IX/92) la admisibilidad del recurso extraordinario en materia de interpretación de normas incluidas en tratados internacionales (se trataba aquí de la Convención de Berna para la protección de obras literarias y artísticas aprobada por ley 17.251). Sin embargo, recién en la sentencia del 26/XII/95 que expresa el "contagio" de la naturaleza federal de un tratado internacional a su contenido, aunque éste sea de derecho común. La jurisprudencia anterior de la Corte sostenía que lo atinente a la interpretación de las cláusulas de un tratado, no constituye cuestión federal cuando los preceptos invocados funcionan como disposiciones de derecho común —Fallos 266:151; 267:37; 291:602; entre otros (cfr. RAMAYO, RAÚL, "Nueva doctrina de la CSJN...", Revista *El Derecho*, 9/IV/96, p. 4).

(56) VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1963, p. 307 y ss.

(57) ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 366 y ss.

(58) PAU, Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione, 1950.

(59) BASDEVANT, *Le role du juge national dans l'interpretation des traités diplomatiques*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 413 y ss.

(60) Cons. 6ª de la mayoría.

(61) *Ibid* cons. 9ª.

El voto en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi resuelve, con apoyo en anteriores fallos de la Corte, la inadmisibilidad del recurso extraordinario, pues entienden que la interpretación de una cláusula de un tratado, no constituye cuestión federal cuando sus disposiciones son de derecho común<sup>(62)</sup>.

La disidencia del juez Belluscio también rechaza la concesión del recurso federal, porque la “*cuestión no guarda relación directa e inmediata con lo que constituye el objeto de la presente causa*”, por tratarse de una mera oposición a una cesión celebrada en país extranjero. Para este ministro se discute en juicio la oponibilidad o no a los derechos de un tercero, pues el acto entre las partes que lo celebraron es totalmente válido. En su opinión, el tratado de Montevideo en el art. 36 sólo posee disposiciones generales sobre el régimen de los actos jurídicos y contratos, al igual que las normas de orden interno, por cuya razón, el caso no afecta la inteligencia de una cláusula del tratado.

En síntesis, la innovación doctrinaria de este fallo en la jurisprudencia del máximo tribunal, consiste en sostener el carácter federal de una norma contenida en un tratado internacional, aun cuando ésta fuera de derecho común. Avanza, entonces, la Corte un paso más en el camino de un mayor respeto hacia las obligaciones internacionales.

#### IV. CONCLUSIONES

a) Hasta 1992 la Corte Suprema de la Nación siguió en su jurisprudencia la doctrina conocida como “dualismo”, según la cual los tratados internacionales estaban en el mismo nivel que las leyes nacionales, y por esa razón una ley interna posterior derogaba un tratado en el ámbito del derecho interno.

b) En el caso “*Ekmejdjiàn*” (7/VII/92), el alto tribunal deja de lado la posición dualista y se inclina por el monismo, dando, así, a los tratados internacionales, jerarquía superior a las leyes aunque inferior a la Constitución Nacional.

c) En la sentencia dictada *in re* “*Cafés La Virginia*” (13/X/94) desarrolla exhaustivamente la nueva doctrina y fundamenta porqué entiende que la Constitución Nacional siempre fue monista. Se apoya en el

(62) *Vid.* nota 55 *in fine*.

carácter de “acto complejo federal” que constituye la celebración de un tratado internacional ay diferencia en ella las esferas de atribución de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

d) En 1994 se realiza una reforma de la Constitución Nacional. Mediante ella, se introducen, entre otras, dos importantes modificaciones al régimen de validez de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, se “constitucionalizan” diez tratados de derechos humanos que enumera en el art. 75 inc. 22º, párr. 2º (con la posibilidad de incluir otros de la misma índole por el Congreso, con una mayoría especial); y, en segundo lugar, otorga a todos los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes (art. 75 incisos 22º, 2º párr. *in fine* y 24º, de la Constitución Nacional).

e) Vigente ya la Constitución reformada, la Corte Suprema dicta sentencia en la causa “*Girolodi*”, donde examina la inteligencia del inciso 22º del art. 75 en cuanto dice que los tratados enumerados “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...*”, y decide que las condiciones de vigencia a las que se refiere dicha norma son *las condiciones de vigencia internacional*.

g) Continuando con la línea del más absoluto respeto por los compromisos internacionales, la Corte da un paso más en la causa “*Méndez Valles*”. Resuelve allí, cambiando nuevamente jurisprudencia anterior, que los tratados internacionales, aun cuando su contenido sea materia de derecho común, suscitan cuestión federal, ya que su fuente —el tratado— es de origen federal.

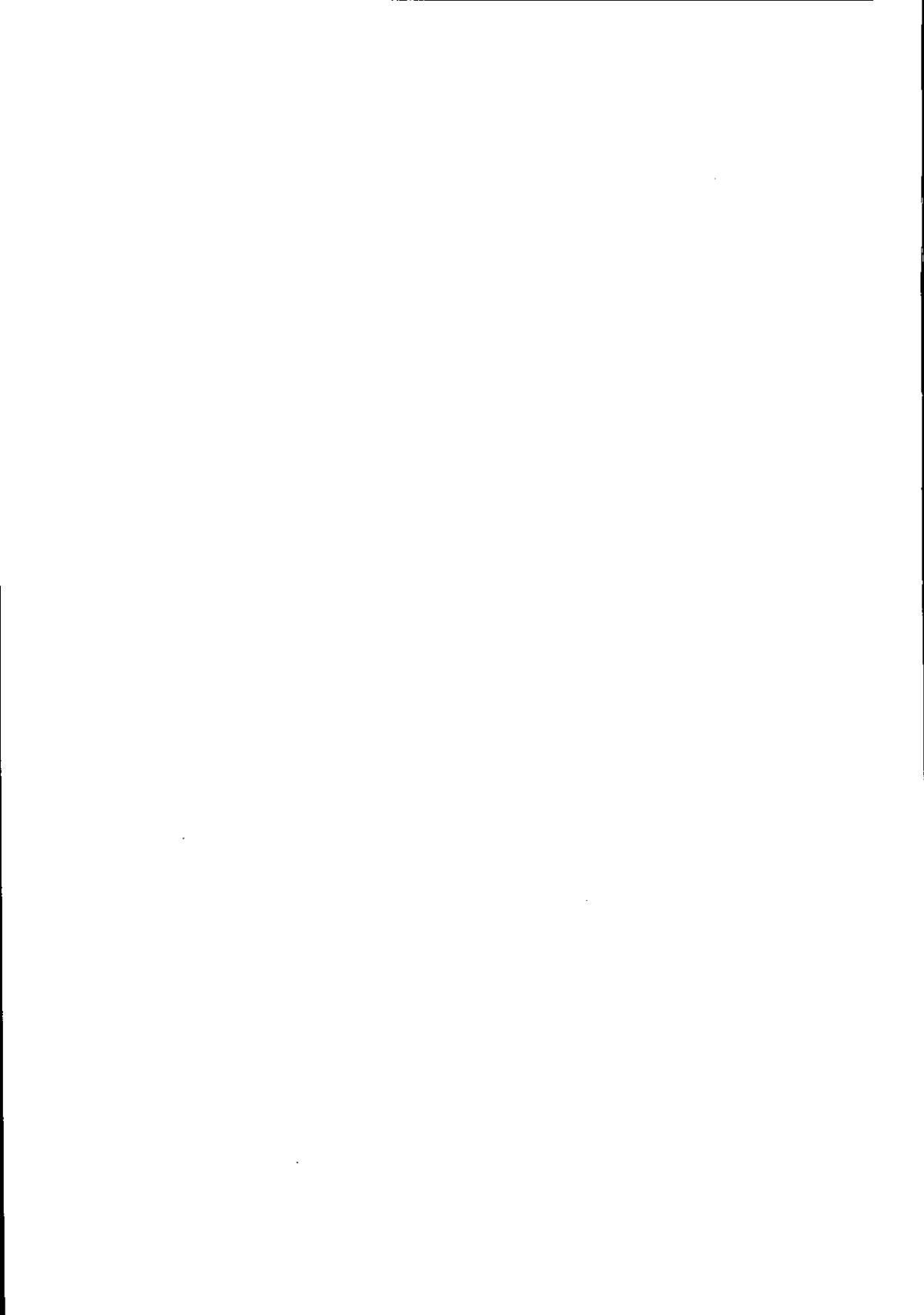
## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BARBERIS, JULIO, *Formación del Derecho Internacional*, Abaco, 1994.
- BASDEVANT, *Le role du juge national dans l'interpretation des traités diplomatiques*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, pp. 413 y ss.
- DE LA GUARDIA, DELPECH, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, 1970.
- EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, pp. 771 y ss.

- MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, 1977.
- PAU, Responsabilit  internazionale dello Stato per atti di giurisdizione, 1950.
- REINA, ANA M., *El Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en la República Argentina*, Depalma, 1986.
- ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1961, pp. 366 y ss.
- VANOSI, *Régimen Constitucional de los Tratados*, El Coloquio de Económicas, 1969.,
- VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1963, pp. 307 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- BARBERIS, JULIO, *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina*, Prudentia Iuris, XVII-XVII, diciembre 1985-abril, pp. 182 y ss.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *El recurso extraordinario no satisface el requisito de la doble instancia que para el proceso penal prevén los pactos internacionales de derechos humanos*, ED, 129-791.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La doble instancia en el proceso penal*, Revista El Derecho, 5/VII/95.
- DALLA VÍA, ALBERTO, *La Corte reafirma el monismo y el derecho supranacional en materias que van más allá de los derechos humanos*, ED, 154-182.
- EKMEKDJI N, MIGUEL A., *A un año exacto del fallo 'Ekmekdji n contra Sofovich', la Corte Suprema de Justicia reafirma el criterio monista establecido en aquél*, ED, 154-176.
- LIVY, IGNACIO, *Recurso ante la Corte por una sentencia del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande y sus consecuencias sobre las inversiones extranjeras. Relación entre el derecho nacional y el derecho internacional*, ED, 154-161.
- RECALDE DE VILLAR, MARÍA, *Tratados Internacionales. Jerarquía Normativa*, Revista La Ley, 1 /VIII/95.



## COMPROMISO INSTITUCIONAL CATÓLICO. VINCULACIÓN CON LA IGLESIA. MISIÓN Y AUTONOMÍA

por JOSÉ A GIMÉNEZ RÉBORA (1)

Los Estatutos vigentes en la Pontificia Universidad Católica Argentina instituida por el Venerable Episcopado argentino son muy explícitos respecto de ciertas cuestiones, no obstante, pueden ser aclarados, interpretados o reformados por la Comisión Episcopal para la Universidad, competencia expresamente normada en el texto estatutario (art. VII°), por propia iniciativa o a proposición del Consejo Superior(2).

Por cierto, la facultad *aclaratoria* puede ejercerse válida y libremente por una instrucción que no derogue alguna cláusula estatutaria y mediante un decreto si lo hiciera y en este caso debe, además, consultarse a la hoy *Congregación para la Educación Católica (Seminarios e institutos de Estudio)* de la Cúria Romana (3) y formalizarse luego los trámites legales correspondientes para que no sobrevenga daño para la Iglesia ni por cuestiones formales educativas ni patrimoniales indispensables para poder encarar fructíferamente la misión encomendada(4).

- (1) Texto presentado a la Comisión UCA Siglo XXI de la Pontificia Universidad Católica Argentina en mayo de 1996.
- (2) El Artículo VII° de los Estatutos de la UCA dice: *"Los presentes Estatutos podrán ser reformados por la Comisión Episcopal para la Universidad Católica Argentina, con comunicación escrita al Consejo Superior por intermedio del Rector."*
- (3) En el Decreto de la Congregación de Seminarios y Universidades de la Santa Sede del 16 de junio de 1960 que honra como Pontificia a la Universidad Católica Argentina se dice que *"La misma Sagrada Congregación dispone además que se observe todo lo que establecen los mencionados estatutos acerca del Consejo de Administración y autoridades, los deberes de profesores y alumnos, la obligación de informar, en los períodos establecidos, a esta congregación y de consultarla en la elección de nuevo Rector, la creación de nuevas Facultades y cualquier cambio que se quiera hacer en los estatutos aprobados."*

Conforme con esto el *gobierno supremo* de la Pontificia Universidad Católica Argentina, desde su origen es detentado por el Gran Canciller y los otros Arzobispos u Obispos miembros de la Comisión Episcopal <sup>(5)</sup>, a la cual compete presidir y vigilar a la Universidad de acuerdo con las normas; en la Universidad el Rector *es el órgano ejecutivo* (Artículo XI<sup>o</sup>) <sup>(6)</sup> y su designación se hace previa consulta a la Santa Sede.

La UCA pues es una *persona jurídica pública*, constituida por la Iglesia como sujeto de las obligaciones y derechos correspondientes a su misma *índole* <sup>(7)</sup> dentro de los límites y con la misión que se le han

- (4) Cfr., por ejemplo, c. 1284, e o ley de educación superior 24.521, aplicable a todas las universidades —estatales y no estatales— que manda comunicar al Ministerio de Cultura y Educación cualquier reforma estatutaria a los fines de su art. 34 (art. 29 inc. a).

Asimismo, dicha ley 24.521 preceptúa que los estatutos, entre otras cosas, definan los órganos de gobierno de la universidad y los procedimientos de integración y elección de sus autoridades y prevean explícitamente (*sic*) el régimen de la docencia y la investigación y pautas de administración económico-financiera (arts. 29 inc. b y 34 *in fine*).

- (5) El Artículo II<sup>a</sup> de los Estatutos de la UCA dice: “*El gobierno supremo de esta Universidad compete al Episcopado que delega sus funciones en el Arzobispo de Buenos Aires u otros dos Arzobispos u Obispos designados por la Conferencia Episcopal, quienes integran la “Comisión Episcopal para la Universidad Católica Argentina”. El Arzobispo de Buenos Aires integrará por derecho propio esta Comisión; los otros dos preladados por un período de cinco años*”.

Este gobierno es *supremo*, externo a la Universidad, como es externa a las personas jurídicas públicas la autoridad *suprema* del Papa sobre todos los bienes eclesiásticos. Tampoco este gobierno *supremo* de la Comisión Episcopal suprime al que indudablemente tiene el Sumo Pontífice respecto de la Universidad.

A manera de ejemplo digamos que nada obsta a la coherencia del dominio y la administración directos de la Universidad sobre los bienes eclesiásticos que adquiera y administre (v.gr. c. 1279 & 1) con que éstos simultáneamente estén “*bajo la autoridad suprema del Romano Pontífice*” (c. 1256) quien “*en virtud de su primado de gobierno... (es) el administrador y distribuidor supremo de todos los bienes eclesiásticos*” (c. 1273).

- (6) El Artículo XI<sup>a</sup> dice: *El Rector es el órgano superior ejecutivo de la Universidad* y en el Artículo XXIV<sup>a</sup>: ... *Su representación (de la UCA) compete al Rector*.
- (7) Cfr. c. 113, 2. Tal personalidad jurídica implica, por ejemplo, canónica y civilmente que “*La Universidad Católica Argentina Santa María de los buenos Aires posee plena capacidad jurídica para adquirir, vender y administrar toda clase de bienes, así como para demandar y comparecer en juicio, de acuerdo con lo que disponen los presentes Estatutos*” (Artículo XXIV<sup>a</sup> de los Estatutos aprobados por la Iglesia y el poder estatal administrador).

señalado (8), circunstancia que satisface un aspecto esencial de su *compromiso institucional católico* y al propio tiempo define los términos de su *vinculación con la Iglesia* a tenor del derecho.

Cabe, sin embargo, preguntarse si es una *persona jurídica pública colegial o no colegial* como las "iglesias, seminarios, beneficios (hoy prácticamente desaparecidos), etc.", según lo ejemplificaba el canon 99 del viejo Código de Derecho Canónico de 1917 (9).

La Universidad Católica Argentina ha sido constituida por la Iglesia con *personalidad jurídica pública* porque institucionalmente asume la creencia fiel y católica en el magisterio solemne u ordinario y universal de la Iglesia (10) o presta asentimiento religioso a la doctrina que el Sumo Pontífice o el Colegio Episcopal propongan aunque sin intención de proclamarla definitivamente (11), reforzando esto el aspecto esencial de su compromiso institucional católico.

Asimismo, también como parte del compromiso institucional católico y de su vinculación con la Iglesia, tiene el dominio de sus bienes adquiridos legítimamente que están bajo la autoridad de la Sede Apostólica (12).

Por último, su misión como universidad católica está claramente definida por la Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae* y por otros documentos magisteriales, en especial la Declaración del Concilio Vaticano II sobre la educación cristiana *Gravissimum educationis*, especialmente el N° 10, el Código de Derecho Canónico (v. gr. c.810, 1) y el documento *Presencia de la Iglesia en la Universidad y en la cultura universitaria* emanado en conjunto de la Congregación para la Educación Católica y de los Consejos Pontificios para los laicos y de la Cultura.

(8) Cfr. c. 116, 1.

(9) El c. 99° del anterior Código expresaba "*In Ecclesia, praeter personas physicas, sunt etiam personae morales, publica auctoritate constitutae, quae distinguuntur in personas morales collegiales et non collegiales, ut ecclesiae, Seminaria, beneficia, etc.*" Cfr. también Código de Derecho Canónico texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios, biblioteca de Autores Cristianos, España, 1945, pág. 31. El actual Código de Derecho Canónico de 1983 mantiene la tradicional distinción entre personas jurídicas *no colegiales o colegiales (ahora llamadas personas jurídicas, no personas morales) según se constituyen o no con un mínimo de tres personas y su actividad es determinada por sus miembros, tomando sus decisiones en conjunto con igualdad de derechos o sin ella, a tenor del derecho y de los estatutos* (c. 115, 2).

(10) Cfr. c. 750.

(11) Cfr. c. 752.

(12) Cfr. c. 1256 y 1257, 1.

Las peculiares índole e historia de las universidades católicas en Europa, Latinoamérica y la Argentina (13), las capacitan para poder determinar sus actividades, específicas y diferentes de otras convenientes a la ley suprema de la Iglesia que están a cargo de diversos fieles cristianos, de distintos órganos propios de su *constitución jerárquica*, de los Institutos de Vida Consagrada o de las Sociedades de Vida Apostólica.

Es posible entonces distinguirla, por ejemplo, de *personas jurídicas* como las *parroquias* o los *seminarios* diocesanos, interdiocesanos, o de institutos de vida consagrada y también de las asociaciones públicas de fieles.

Por su índole la universidad Católica configura una *comunidad académica* (profesores, alumnos y personal administrativo) que no es parte de la constitución jerárquica de la Iglesia y por ello difiere de las demás personas jurídicas públicas de la Iglesia que no son comunidades académicas, sin perjuicio, por ejemplo, que sus bienes temporales sean eclesiásticos y deban administrarse rigiéndose por el derecho canónico, así como por sus propios estatutos (14).

A esto se añaden la *especial misión* que se le ha encomendado y cuya realización requiere como *conditio sine qua non* una cierta *autonomía institucional* según la define la Constitución Apostólica sobre Universidades Católicas *Ex Corde Ecclesiae* en el N° 12, nota 15, según la cual "Autonomía institucional' quiere decir que el gobierno de una institución académica está y permanece dentro de tal institución" (15) porque "en cuanto Universidad (la Universidad Católica) es una comunidad académica" (16), conceptos en los cuales no podemos dejar de percibir ecos que nos retrotraen a los antecedentes de los papas Celestino III, Inocencio III y Gregorio IX, en especial a su Bula *Parens scientiarum* en lo relativo a la autonomía de las universidades (17).

Por tanto, a la Comisión Episcopal le compete el *gobierno supremo*

(13) Historia peculiar e índole que han sido referidas en la Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae* y reflejadas en normas de sus propios estatutos.

(14) Cfr. especialmente Libro V del CDC, en particular, 1257 y ccs.

(15) Cfr. Constitución Apostólica del Sumo Pontífice Juan Pablo II *Ex corde ecclesiae* sobre las Universidades Católicas, N° 12, nota 15.

(16) Cfr. *Ibíd.*

(17) La versión castellana del texto de la bula pontificia en **Universidad Católicas Argentina, Universitas**, N° 67, Buenos Aires, junio 1983, ps. 98 a 101 y estudio del profesor Dr. FLORENCIO HUBENÁK en el mismo número, *Orígenes y características de la universidad medieval*, ps. 21 a 52.

de la Universidad por delegación del Episcopado y por el Decreto de 1960 de la entonces Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades mediante el cual se constituyó canónicamente y se erigió pontificiamente la UCA.

A este *gobierno supremo* de la Comisión Episcopal compete vigilar que en la UCA se garantice la integridad de la fe y de la moral <sup>(18)</sup>, se coopere con los pastores en su función de enseñar, se practique una cuidadosa administración de todos sus bienes y se le reconozcan sus derechos necesarios para poder cumplir su misión y función educativa en el ámbito propio en que deberá actuar y promover egresados, que de hecho serán mayoritariamente laicos, dotándolos de una formación personal y cristiana sólida y de conocimientos y habilidades apropiados a la misión que se les encomienda en estos tiempos concretos para evangelizar el mundo profesional y de la cultura.

El *gobierno supremo episcopal* sobre la Universidad Católica, lo mismo que su compromiso católico, su vinculación característica con la Iglesia, su misión y su autonomía institucional son concordes con el hecho de tratarse de una *comunidad* que evoluciona históricamente y es apropiada para continuar desenvolviéndose y concretar su misión.

En este contexto y nunca fuera de él, la autonomía institucional de la Universidad debe ser vista pues como un estímulo y una organización de la convivencia de dicha *comunidad universitaria* apropiados a las exigencias de su propia dinámica evolutiva y a la misión que la Iglesia le encomienda en esta época concreta y como una garantía tanto de los deberes como del ejercicio de los derechos legítimos de los miembros de la *comunidad académica* que coexisten en ella.

Respecto de la coexistencia no parece inapropiado traer a colación estas expresiones relativamente recientes del Santo Padre en el sentido que *"el camino pasa no tanto a través del ser y de la existencia como a través de las personas y de su relación mutua, a través del 'yo' y el 'tú'". Ésta es una dimensión fundamental de la existencia del hombre, que es siempre una coexistencia... La vida humana entera es un 'coexistir' en la dimensión cotidiana —'tú' y yo— y también en la dimensión absoluta y*

(18) V. gr. lo relativo al efectivo cumplimiento del compromiso de fidelidad o asentimiento religiosos a la palabra magisterial del Papa o del Colegio Episcopal según sean definitivos o no (cc. 750 y 752 citados).

(19) Agrega también el Papa que *"la tradición bíblica gira en torno a este Tú, que en primer lugar es el Dios de Abraham, Isaac y Jacob, el Dios de los Padres, y después el Dios de Jesucristo y de los apóstoles, el Dios de nuestra fe."* Cfr. JUAN PABLO II, *Cruzando el umbral de la esperanza*, Plaza y Janés Editores S. A., 1ª Edición, Barcelona, 1994, p. 56.

*definitiva: 'yo' y 'tú' "* (19), conceptos que nos confirman en seguir pensando a la comunidad universitaria como un caso de coexistencia necesaria respecto del cual no vemos razón para eliminarla ni para sofocarla y si para regularla.

Por la autonomía institucional así entendida y explicada, el *gobierno institucional está y permanece dentro de la Universidad Católica*, sin perjuicio que su *gobierno supremo o instancia de gobierno final, única e inapelable* resida fuera de ella en la constitución jerárquica de la Iglesia, por lo cual sus diversos órganos internos, aunque con atribuciones obviamente desiguales y siempre a tenor del derecho y de los estatutos ejercen junto al Rector distintas funciones deliberativas, disciplinarias, relativas a los bienes eclesiásticos que conforman su patrimonio, etc.

El Rector, que es el único que detenta la función ejecutiva y la representación de la Universidad Católica en el ejercicio de sus funciones ejecutivas puede ser asesorado cuando él lo necesite y pida, sea *por el Consejo Superior en el nivel Académico y por el Consejo de Administración en el nivel económico financiero pero la decisión última compete al Rector*.

Es bueno en este punto referirse a la provechosa distinción hecha por la Iglesia entre *deliberación y consulta*, sin perjuicio del derecho divino en que se fundamenta, diferenciando por ejemplo en el Concilio Ecuménico el *voto deliberativo* de todos los Obispos miembros del Colegio Episcopal (20) o en las Conferencias Episcopales el *voto deliberativo* de los obispos diocesanos y de quienes se le equiparan en el derecho, v. gr. los obispos coadjutores y el *voto consultivo* de los obispos auxiliares y demás obispos titulares en materia estatutaria (21) que tienen en cambio *voto deliberativo* en los concilios particulares (22); lo mismo corresponde decir respecto de la útil diferenciación entre necesidad de *consentimiento* o necesidad de *consejo* para la validez de ciertos actos jurídicos de las personas jurídicas públicas o privadas de la Iglesia (23).

Por esto el Rector de la UCA, en la esfera de su competencia ejecutiva o como representante de la Universidad Católica, ni siquiera está obligado a pedir el consejo ni el consentimiento de los Consejos Superior o de Administración, sin que la omisión del pedido de tales consejos cuestione las funciones deliberativas propias de esos cuerpos ni el Rector deje de

(20) Cfr. c. 339, 1.

(21) Cfr. c. 454,2.

(22) Cfr. c. 443, 2.

(23) Cfr. c. 217, 1 y 2.

estar obligado a tener *poderosas razones* para apartarse del consejo que pidió, sobre todo si es unánime (24).

En consecuencia, no parece justificarse que en la Universidad Católica se prescindiera de una cierta *colegialidad jurídica* reglada por la ley canónica y los estatutos y por tanto propia de su personalidad jurídico canónica y cuya *estructura y autoridad* evidentemente no se deducen de la Revelación pero sí de la índole de la *comunidad académica*, de su misión y función educativa y de los Estatutos vigentes reconocidos por la Iglesia, no derogados ni abrogados (25), en cuyo art. X° se lee que “El gobierno de la Universidad es desempeñado según sus respectivas competencias por el Rector, por uno o dos Vicerrectores por el Consejo Superior, por la Asamblea de Profesores y por el Consejo de Administración” (26).

(24) Afecta más la licitud y no la validez del acto jurídico un eventual apartamiento que no esté fundado en razones más poderosas que las que fundamentan el consejo obtenido, aunque la ley ni los estatutos lo exijan.

(25) Lo cual no quiere decir perfectos ni efectivamente cumplidos.

(26) En lo pertinente los Estatutos de la UCA preceptúan:

Artículo XIII<sup>a</sup>: *El Consejo Superior está compuesto:*

- a) *Por el Rector que lo preside;*
- b) *Por los Vicerrectores;*
- c) *Por los Decanos de las Facultades;*
- d) *Por los Directores de Institutos;*
- e) *Por los Consejeros cuyo número se establecerá por su reglamentación respectiva. ...*

Artículo XV<sup>a</sup>: *Los restantes consejeros serán elegidos por la Asamblea de los profesores de acuerdo con la forma que se reglamente... El Consejo celebrará sus reuniones dos veces por mes, debiendo ser citado por el Rector. Requiere el quórum de la mitad más uno de sus miembros, y sus decisiones, salvo previsión especial de estos Estatutos, serán adoptadas por simple mayoría de los miembros presentes. El Rector solamente tendrá voto en caso de empate. Deberá además realizar anualmente una reunión con carácter de Asamblea para la consideración de la Memoria, Balance, Inventario y Cuenta de gastos y recursos, dentro de las facultades que le otorga el art. XVI, inc. f), y sin perjuicio de las atribuciones del Consejo de Administración.*

Artículo XVI<sup>a</sup>: *Compete al Consejo Superior:*

- a) *Ejercer, como órgano deliberativo, la jurisdicción superior de la Universidad, dictando las reglamentaciones y ordenanzas pertinentes;*
- b) *Adoptar los planes de investigación y enseñanza ...*
- c) *Designar... los profesores, Directores de Departamento en general, todo el cuerpo docente;*

En esta persona jurídica pública, por tanto, el Rector no podría válidamente, por ejemplo, dejar de informarle al Consejo Superior la comunicación escrita dirigida al cuerpo en la cual la Comisión Episcopal anuncia una reforma estatutaria (art. VII) o dictar reglamentaciones y

- 
- d) *Ejercer el poder disciplinario en materias graves...*
  - e) *Crear y organizar, con la previa intervención del Consejo de Administración, nuevas Facultades, Escuelas, Institutos, Departamentos y cualquier otro centro de investigación y docencia...*
  - f) *Estudiar y proponer al Consejo de Administración.*
  - g) *Resolver los casos sobre los casos no previstos en los Estatutos o en sus reglamentaciones de acuerdo con el espíritu de la Universidad.*

Artículo XVII<sup>a</sup>: *La Asamblea de profesores está formada por los profesores de las diversas categorías, que establezca la reglamentación respectiva.*

Artículo XVIII<sup>a</sup>: *Compete a la Asamblea de Profesores:*

- a) *Elegir los Consejeros del Consejo Superior. La reglamentación establecerá el procedimiento electoral y la proporción que corresponda a los profesores titulares y no titulares.*
- b) *Las reuniones de claustro se celebrarán por lo menos una vez en el año lectivo y requieren un quórum de la mitad más uno de sus miembros.*

Artículo XXI<sup>a</sup>: *El Consejo de Administración tiene a su cargo la atención de las finanzas de la Universidad...*

Artículo XXIII<sup>a</sup>: *Compete al Consejo de Administración:*

- a) *Administrar el patrimonio de la Universidad y dar la organización administrativa y financiera de la misma;*
- b) *Obtener fondos... y asesorar sobre la aceptación de herencias, legados y donaciones, quedando reservada al Consejo Superior la decisión definitiva;*
- c) *Votar el presupuesto anual de gastos y de recursos según las proposiciones del Consejo Superior;*
- d) *Aprobar las rendiciones de cuentas y los balances de cada ejercicio, que cerrará anualmente el 31 de diciembre;*
- e) *Fijar las matrículas, los premios y las becas que le proponga el Consejo Superior;*
- f) *Prestar su acuerdo, en lo que concierne al aspecto financiero, para la creación de los Institutos de Investigación y de Estudio, para las nuevas Escuelas y Facultades y demás departamentos que oportunamente proponga el Consejo Superior;*
- g) *Autorizar los convenios con entidades públicas o privadas para la ejecución de trabajos o investigaciones que comporten gastos de la Universidad;*

ordenanzas que competen al Consejo Superior (art. XVI, a), o preterir a la Asamblea de Profesores que debe elegir a determinados Consejeros del Consejo Superior (art. XVIII, a), o prescindir de la propuesta del Consejo Superior para comprar o vender inmuebles y de la pertinente autorización del Consejo de Administración (art. XXIII, i), etc., ni estos cuerpos, por ejemplo, dejar de establecer y declarar la existencia de justa causa, como es una necesidad urgente, para vender <sup>(27)</sup> ni de observar las demás cautelas a fin de evitar un daño a la Iglesia <sup>(28)</sup>.

Esta es pues una diferencia importante entre la Universidad Católica, que debe cooperar con los pastores en la evangelización del ámbito de las profesiones y de la cultura actuando conforme su índole que la condiciona y limita, y los seminarios diocesanos o interdiocesanos, religiosos o seculares, que como hemos dicho no son *comunidades académicas* y cuya índole también los limita y circunscribe en su misión entre otras cosas porque en ellos sólo son admitidos quienes aspiran a formarse para recibir el sacramento del orden a diferencia de los alumnos de la Universidad Católica que no tienen en miras recibir ese sacramento, ni profesar el consejo evangélico de la obediencia que obliga a someter la propia voluntad a los superiores legítimos <sup>(29)</sup>.

Refuerzan la identidad institucional católica, la vinculación con la Iglesia según su modo, la índole de la misión que se le encomienda y su carácter de comunidad académica, la circunstancia que la Pontificia Universidad Católica Argentina haya sido constituida, según lo expresan sus Estatutos, como *“un centro de estudios instituido por los señores Arzobispos y Obispos que componen el Episcopado de la República Argentina y que han suscripto la pastoral de fecha 7 de marzo de 1958”* (Artículo I°).

A ello se agrega que no sea ni un seminario, ni un Instituto de Vida Consagrada o una Sociedad de Vida Apostólica, ni una Asociación de Fieles

---

*h) Dictaminar, en lo que concierne a la administración financiera, sobre las reformas estatutarias que proyecte el Consejo Superior;*

*i) autorizar al Rector, previa la propuesta del Consejo Superior, para comprar o vender inmuebles, para invertir dinero en títulos de renta y para contraer obligaciones en nombre del instituto;*

*j) Organizar la Contaduría y la Tesorería ya proponer al Rector el nombramiento de los empleados, cuando fuere necesario, dictando el reglamento de sus respectivas funciones y atribuciones.*

(27) Cfr. c. 1293, 1.

(28) Cfr. c. 1293, 2.

(29) Cfr. cc. 207, 1, 601 y ss.

ya que su gobierno supremo "*compete al Episcopado que delega sus funciones en el Arzobispo de Buenos Aires y otros dos Arzobispos u Obispos designados por la Conferencia Episcopal quienes integran la 'Comisión Episcopal para la Universidad Católica Argentina'*" (Artículo II°) que el Arzobispo de Buenos Aires integrará por derecho propio junto con otros dos prelados electos por un período de cinco años.

A nuestro entender la autonomía institucional definida por *Ex Corde Ecclesiae* en nada obsta al compromiso católico de la Universidad Católica, ni a su vinculación con la Iglesia, ni a su misión.

Tampoco restringe esa autonomía institucional necesaria el hecho de ser Pontificia y depender de la Santa Sede que ejerce su gobierno por medio de la Comisión Episcopal y a la cual debe informarse en períodos establecidos y consultarse en la elección del Rector o en el proyecto de cualquier cambio en la conformación académica o en los Estatutos.

Tal dependencia tampoco anula la potestad episcopal para legislar sobre la Universidad ni la presunción de territorialidad de las leyes sino que, en cierta manera, la confirma y robustece.

Así ocurre en casos semejantes en que superficialmente parecen verse limitaciones al ejercicio de *la potestad propia, ordinaria e inmediata* de los obispos y que sólo son necesarias regulaciones que circunscriben tal *potestad* dentro de ciertos límites con miras a la utilidad de la Iglesia y de los fieles (30).

Ejemplos de tales regulaciones pueden ser que los obispos no deben ausentarse de su diócesis ciertos días (31), o deben oír al consejo de asuntos económicos y al consejo presbiteral para poder imponer un tributo moderado a las personas jurídicas públicas sujetas a su jurisdicción (32) o están obligados a respetar las exclusiones del consejo económico diocesano de personas relacionadas con ellos hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad (33) estando sujetos a otras leyes generales equivalentes dictadas a los mismos fines regulatorios por la autoridad suprema de la Iglesia.

Finalmente, tampoco anula la necesaria autonomía institucional el hecho que existan en la UCA comisiones asesoras como la de Asuntos Económicos del Consejo Superior que no tiene facultades ejecutivas (que

(30) Cfr. Constitución *Lumen Gentium*, 27.

(31) Cfr. c. 395, 3.

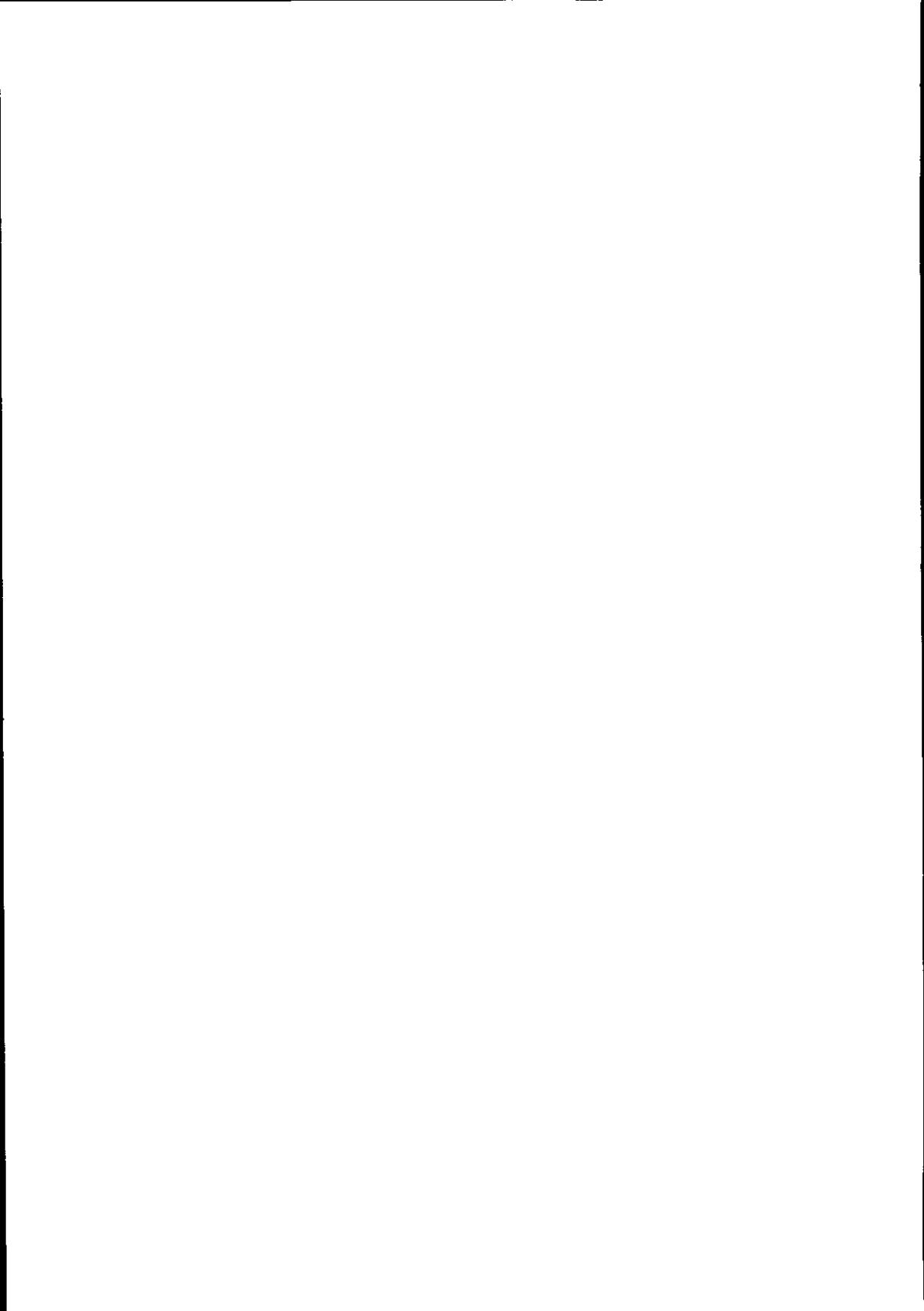
(32) Cfr. c. 1263 *ab initio*.

(33) Cfr. c. 492, 3.

tampoco tiene dicho Consejo Superior) que son propias del Rector, ni que diversos órganos de la institución académica puedan discrepar entre sí.

Respecto de este último caso las ordenanzas de la Universidad han previsto que si los Consejos establecidos en los Estatutos dictan resoluciones contradictorias o divergentes, la Comisión Asesora de Coordinación creada al efecto debe proponer la armonización de esas decisiones opuestas y, en caso de persistir el problema, exige que se lo someta a la decisión de la Comisión Episcopal prevista por el art. II de los Estatutos <sup>(34)</sup>.

(34) La Comisión Asesora de Coordinación estará integrada por tres miembros del Consejo Superior y trece del Consejo de Administración y presidida por el Rector. Ver Ordenanza II en UCA, Anuario 1995, pág. 45.



# LA INTEGRACIÓN Y SU IMPACTO EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR <sup>1</sup>

por NANCY L. MALANOS

Sumario: I- Introducción. II- Objetivos propuestos y resultados alcanzados por el Mercosur. III- Algunos aspectos de la políticas agrícola. Mercosur - Gatt y Unión Europea.

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante el encuentro del mes de diciembre de 1994, los líderes de los países miembros de la Unión Europea decidieron iniciar rápidamente negociaciones con el Mercosur para el establecimiento de una zona de libre comercio, señalando el comienzo de estas tratativas para febrero de este año si bien ya el Consejo Europeo reunido en Bruselas poco tiempo antes había aprobado un documento de carácter estratégico <sup>(2)</sup> ente cuyos puntos se incluyeron los de apoyar la creación, si bien a largo plazo, de

- (1) Trabajo presentado al VII Congreso Internacional de Derecho Agrario realizado en Rosario-Santa Fe entre los días 19 al 21 de abril de 1995. Han sido agregadas algunas notas.
- (2) La Comisión Europea confecciono durante setiembre de 1994, el documento titulado "Para un refuerzo de la política de la Unión Europea con relación al Mercosur", aprobado por unanimidad.

Cabe aclarar que a la fecha de publicación de este trabajo, la integración con la U.E. es ya una realidad. Como es sabido, en la reunión de Montevideo del 28 y 29 de setiembre de 1995 entre la U.E. y sus Estados Miembros y el Mercosur y sus Estados Partes fue acordado el "Proyecto de Acuerdo Marco Interregional de Cooperación," y firmado el 15 de diciembre del mismo año en Madrid.

Este Acuerdo, pionero por ser el primero de asociación birregional en una relación o trato de igualdad, es como su nombre lo indica un acuerdo marco, es decir que coloca a las dos agrupaciones regionales en "condiciones de iniciar negociaciones", y este proceso negociador que comenzara en enero de 1996, deberá llevar a cabo a lo largo de 10 años, la concreción de una

una asociación intrarregional de carácter político y económico entre la Unión Europea y el Mercosur como así también respaldar la conclusión a corto plazo de un acuerdo marco interregional de cooperación comercial y económica (3).

Por su parte, la VII Reunión Cumbre celebrada también en diciembre del 94 (4) y con la participación de los presidentes de los 4 países miembros del Mercosur (5), puso de manifiesto tanto los avances registrados en el proceso de integración del bloque que, en esta etapa implica el establecimiento de una zona de libre comercio y de una unión aduanera para alcanzar en un futuro y como objetivo final la implementación de un mercado común, como los importantes progresos observados en la relación con la Unión Europea los que se han visto facilitados por la naturaleza abierta y no excluyente del Mercosur que apunta, además, a la inserción de la región en el mercado externo (6).

La integración entonces deja ya de ser meramente regional para convertirse en intrarregional, proceso hacia el cual se avanza aceleradamente si bien éste puede tener distintos alcances. En este sentido) se habla de áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes y uniones económicas, y en esta clasificación que tanto la experiencia como la teoría económica han realizado (7), el Mercosur como ya dijéramos es por el momento una zona de libre comercio lo cual supone la supresión de todos los aranceles y restricciones cuantitativos sobre el comercio mutuo de la inmensa mayoría de los productos (8), pero también es una unión aduanera puesto que además ha adoptado un arancel externo común respecto de las importaciones de bienes provenientes del resto del mundo, unión ésta que no es del todo perfecta ya que cada uno

---

zona de libre comercio, abriéndose entonces un mercado de 6000 millones de consumidores para el año 2005.

(3) Integración Latinoamericana, diciembre 1994, p. 51 y Comercio Exterior Argentino. Mercosur y Apertura, Errepar, dic. 1994, p. 33.

(4) En Ouro Preto, Brasil, se realizó la VII Reunión del Consejo del Mercado Común.

(5) Hay que tener en cuenta que en Junio de 1996 se ha incorporado al Mercosur, como miembro comercial, Chile y que en el segundo semestre del año en curso comenzarán las negociaciones para la incorporación de Venezuela a partir del 1° de enero de 1997.

(6) "Comunicado conjunto de los presidentes en Ouro Preto, Brasil", en Integración Latinoamericana, op. cit. p. 66.

(7) Las políticas comerciales latinoamericanas en los noventa, Fiel, 1992, p. 60.

(8) *Ibíd*, p. 60.

de los socios ha decidido proteger una serie de bienes de la competencia de los otros tres (9). En cambio el mercado común hacia el cual nos dirigimos, se origina cuando los países que forman esa unión aduanera adicionan la libertad en el movimiento de todos los factores de producción, coordinando a la vez sus políticas comerciales externas, siendo la unión económica la forma mas completa de integración por implicar la armonización de políticas fiscales, monetarias y socio-económicas entre sus miembros (10).

## II. OBJETIVOS PROPUESTOS Y RESULTADOS ALCANZADOS POR EL MERCOSUR

Es dentro del marco descripto que al firmarse el Tratado de Asunción dando origen al Mercosur, en su art. 1° (10bis), los estados partes acordaron aquellos requisitos considerados indispensables para su funciona-

(9) Argentina ha formado un listado con 232 excepciones y 221 productos que conservarán restricciones arancelarias de entre el 20 y el 30 % durante 4 años, Diario Clarín -Suplemento Económico- Buenos Aires 31/12/94, p. 3; si bien en la Cumbre de Ouro Preto de diciembre de 1994 se convino que las listas de excepciones serán "abiertas" en el sentido de que pueden retirarse productos acelerando la adecuación al A.E.C. o reincluirse los ya retirados, Diario La Nación -Comercio Exterior-, Buenos Aires 27/12/94, p. 13; Brasil presentó 175 excepciones y 29 restricciones; Uruguay, 210 excepciones y 950 restricciones y Paraguay 210 y 427, Diario La Capital, Rosario 1 7/12/94, p. 2.

(10) Las políticas comerciales..., op. cit., p. 60.

(10 bis) Artículo 1° del Tratado de Asunción (26/3/91) dispone: Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (Mercosur).

Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regional e internacionales; La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes; de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otros que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes, El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

miento, comprometiéndose en avanzar hacia la coordinación y armonización de políticas que, requiriendo de acuerdos específicos lo hicieran posible (11). Y es así que para asegurar el cumplimiento de los objetivos planteados en el Tratado, el Consejo del Mercado Común -órgano superior de conducción política- aprobó en 1992 un cronograma de medidas dando un impulso decisivo a las tareas de cada sub-grupo de trabajo los que, definidos en el anexo V (12), tomaron a su cargo las distintas negociaciones, pudiendo afirmarse que durante el proceso de transición (13), breve por cierto, y a pesar de las marcadas asimetrías existentes entre los cuatro países, los logros han sido considerables destacándose entre los principales los referidos a la adecuación de políticas macroeconómicas, a la sanción del Protocolo de Brasilia sobre solución de controversias, a la armonización de normas técnicas, al Acuerdo Sanitario y Fitosanitario, como así también a los relacionados con la puesta en marcha de la unión aduanera (14) hasta llegar a la VII Reunión Cumbre y a la firma del Protocolo de Ouro Preto, aprobándose finalmente el arancel externo común y las listas nacionales de convergencia y de excepciones al mismo, como también la creación de organismos técnicos para la eliminación de restricciones no arancelarias, la creación del Consejo de Cooperación Macroeconómica que tendrá a su cargo la coordinación de las políticas económicas que puedan afectar a alguno de los socios y el análisis de la evolución de la economía internacional, habiéndose concluido el Código Aduanero y sus normas de aplicación para el establecimiento de la operativa aduanera. Por su parte, el Protocolo además de crear una nueva estructura institucional del Mercosur (15), le otorga personería jurídica de derecho internacional dotándolo de representación externa y de capacidad para negociar con terceros países o bloques regionales.

(11) Comercio Exterior Argentino, op. cit., p. 18.

(12) Actualmente los subgrupos de trabajo son 12, siendo el 8° el de Política Agrícola.

(13) Culminado el 31/12/94.

(14) Comercio Exterior, op. cit., p. 18.

(15) La estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos (art. 1° del Protocolo de Ouro Preto):

I- El Consejo del Mercado Común.

II- El Grupo Mercado Común.

III- La Comisión de Comercio del Mercosur.

IV- La Comisión Parlamentaria Conjunta.

V- El Foro Consultivo Económico-Social.

VI- La Secretaría Administrativa del Mercosur.

### III. ALGUNOS ASPECTOS DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA. MERCOSUR-GATT Y UNIÓN EUROPEA

Específicamente en lo que a política agrícola se refiere durante este período de transición, y a fin de facilitar el comercio de productos de origen vegetal y animal entre los Estados Partes fueron creadas, en el ámbito del Subgrupo de Trabajo n° 8 de Política Agrícola, las Comisiones de Sanidad Vegetal, Animal y de Semillas (16) cuyos objetivos eran los de dar cumplimiento a las medidas del cronograma fijado por dicho subgrupo. Se avanzó así, entre otros temas, en la armonización de los requisitos cuarentenarios y de todas aquellas normas sanitarias destinadas a regular la circulación e importación de los mismos.

Sabido es el riesgo que implica la introducción de plagas y enfermedades por vía del comercio internacional de los productos vegetales y animales por lo que la exigencia de los requisitos cuarentenarios y de las normas sobre calidad y seguridad se halla plenamente justificada, no sólo porque resguardan la calidad de la producción sino además por existir una íntima relación con los costos, las caídas de los precios y el mantenimiento o cierre de los mercados externos (17). Es decir, que serán aspectos trascendentes para la economía general de un país pero también y fundamentalmente para la salud pública en particular (18) los que, por encontrarse seriamente comprometidos, darán sustento para su estricto cumplimiento, si bien es necesario advertir acerca del peligro de que su exigencia en lugar de obedecer a las razones expuestas sirva para constituir "verdaderas barreras no arancelarias" con la encubierta intención de limitar el libre comercio entre los países, pudiendo además llegar a ser la única barrera si tenemos en cuenta que a nivel mundial se progresa en la supresión de todas aquellas que sean arancelarias.

Sabemos que la integración requiere asegurar la libre circulación de personas, bienes y servicios, pero respecto de los productos vegetales y animales este objetivo deberá compatibilizarse no sólo con las distintas políticas internas sino fundamentalmente con el hecho de que la tutela de la salud es una prerrogativa de cada estado nacional. Y en este sentido y dado que el criterio de salubridad tiene íntima relación con el nivel de conciencia científica, el desarrollo tecnológico y en general con las condiciones económicas, sociales y culturales de los

(16) Resolución 54 (G.M.C.) del 22 al 24/4/93, ADLA, LIV-A, p. 760/761.

(17) Fornalleras, María de Lourdes, "Prevención de ingreso de fitoplagas", en Anales de la Sociedad Rural Argentina, N° 113 de 1994, p. 65.

(18) BREBBIA FERNANDO P., Manual de Derecho Agrario, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 117.

distintos países (19), lógico es suponer que la legislación y los requisitos vigentes en cada uno puedan llegar a superponerse cuando no a contradecirse. Máxime si tenemos en cuenta que la "movilidad" de los problemas sanitarios y fitosanitarios (20) en el tiempo y en el espacio determinará que la reglamentación a cumplirse para la circulación o importación de estos productos deba tener una dinámica propias, lo que hace indispensable todo un proceso de armonización de aquellas normas que aseguren la efectiva protección al país importador sin que ello implique una discriminación para el exportador.

Así el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias resultante de la Ronda Uruguay del Gatt, que involucra tanto la sanidad vegetal y animal como la humana en relación con el comercio internacional (21), reconoce a los gobiernos "el derecho a tomar medidas sanitarias y Fitosanitarias *pero sólo* para ser aplicadas en cuanto sea necesario para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales sin que ello implique una discriminación arbitraria o injustificable entre los miembros en los que existan condiciones idénticas o análogas" (22), criterio por otra parte que es ampliamente compartido por el Acuerdo Sanitario y Fitosanitario entre los Estados Partes del Mercosur (23).

Para impedir entonces las restricciones al comercio pero garantizando a su vez la prevención en el ingreso de plagas y enfermedades, este Acuerdo Sanitario de la Ronda Uruguay contiene principios básicos que podrían denominarse: de equivalencia, el que implica poner en un pie de igualdad aquellas normas sanitarias que rigen el comercio internacional y que aún no siendo idénticas permitan asegurar iguales resultados; el principio científico por el cual los países se obligan a la adopción, mantenimiento o reforma de restricciones sanitarias pero siempre con un sustento científico el de regionalización de la sanidad consistente en admitir áreas libres dentro de cada país y el de evaluación del riesgo

(19) GALLIZIOLI GIORGIO, "Profili Generali della Legislazione Comunitaria del settore veterinario e dei prodotti alimentari in materia di controllo igienico-sanitario del mercato interno", en: *Diritto Fondamentali, Qualita dei Prodotti Agricoli e Tutela del Consumatore VI-1992-1993*, Centro Interdisciplinario Audiovisual e Imprenmta de la Universidad de Camerino) oct. 1993, p. 400/402.

(20) FORNALLERAS M., op. cit, p. 66.

(21) DE LAS CARRERAS ALBERTO, "El Acuerdo Sanitario de la Rueda Uruguay", en *Diario La Nación -Comercio Exterior-*, Buenos Aires 4/4/95, p. 10.

(22) "Acta final de la Ronda Uruguay: resumen", en *Forum de Comercio Internacional*, enero 1994, p. 8.

(23) Decisión 6/93 del C M.C., B.O. 23/9/94, p. 34.

mediante el cual se estima el riesgo de transmisión de las enfermedades y plagas, pero considerando que no existen motivos para restringir el comercio cuando ese riesgo sea sólo remoto (24).

Planteada pues la necesidad de adecuarse no sólo a la normativa internacional sino también y en primer lugar a los requerimientos de la propia integración regional, los países han ido modificando su comportamiento y así por ejemplo la Comunidad Europea que hasta 1985 no podía considerar plena la libre circulación de los productos, pese a lo dispuesto en el Tratado de Roma (25), preparó el llamado "Libro Blanco" el que, partiendo de la existencia de dificultades para la comercialización de productos provenientes de otro Estado miembro, se propuso la liberalización dentro del territorio comunitario, objetivo que fuera alcanzado por vía del reconocimiento recíproco de normas y reglas técnicas adoptadas por cada estado y por el establecimiento de la equivalencia entre las disposiciones vigentes en cada uno de ellos) llegándose a la abolición de los controles en las fronteras intracomunitarias, a partir de enero de 1993, lo cual requirió una importante intervención por parte del legislador en todo lo relativo a los aspectos higiénico-sanitarios asegurando no sólo la uniformidad de las normas y controles a aplicarse a los productos destinados a otros estados como al propio mercado nacional, sino fundamentalmente salvaguardando la protección de los intereses que hacían a la salud de los individuos (26).

Por su parte los países integrantes del Mercosur a través de su Acuerdo Sanitario y Fitosanitario se proponen, siempre con el fin de mejorar la salud de las personas, de los animales y la situación fitosanitaria en sus territorios y tratando de reducir al mínimo los efectos negativos que puedan ocasionarse en el comercio, la utilización de medidas armonizadas sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales y regionales; permitiéndose el establecimiento de medidas que representen un nivel de protección más elevado que el resultante de la aplicación de esas normas internacionales o regionales pero cuando exista una justificación científica y no sean incompatibles con este Acuerdo. Y además de aceptarse como equivalentes aquellas medidas de los otros estados partes por lograr la protección adecuada del país importador se dispone una evaluación de los riesgos existentes siguiendo las técnicas elaboradas por las organizaciones competentes. También se reconocen los conceptos de zonas libres o liberadas de plagas o enferme-

(24) DE LAS CARRERAS A., op. cit., p. 10.

(25) Arts. 30-35 y 100 del Tratado de Roma.

(26) GALLIZIOLI G., op. cit., p. 400 y ss.

dades o de escasa prevalencia de las mismas para cuya determinación se tomarán en cuenta la situación geográfica, los ecosistemas, la vigilancia epidemiológica y la eficacia de los controles sanitarios y fitosanitarios, debiendo aportarse las pruebas necesarias y reconociéndose un acceso razonable para las inspecciones pertinentes (27).

Para graficar lo dicho hasta ahora bastaría con hacer referencia al caso de la fiebre aftosa, quizás el más importante para Argentina y para el resto de los países y que da lugar a la aplicación de los distintos principios antes enunciados. Nuestro país, que desde hace mucho tiempo negocia individualmente con los Estados Unidos y con el Uruguay, plantea fundándose en la "evaluación del riesgo" y con sólidas bases científicas y estadísticas, que la existencia de aftosa no ofrece ya riesgos de contaminación, mientras que Estados Unidos ha venido identificando las fronteras políticas con las sanitarias admitiendo sólo que un país es libre de enfermedad cuando todo su territorio lo sea y de este modo rechazando las carnes provenientes de la Patagonia argentina, a diferencia de la Unión Europea que, aplicando el principio de la regionalización, acepta la existencia de zonas libres dentro de cada país y con relación no sólo a la aftosa sino también a otras plagas (28).

Será posible entonces, y así lo esperamos, mediante la aplicación de toda esta normativa regional e internacional, lograr un verdadero avance en una materia, que hasta ahora, ha sido arbitrariamente utilizada para restringir el comercio internacional y afectando en definitiva, la producción a nivel local.

(27) Acuerdo Sanitario y Fitosanitario, op. cit., p. 34.

(28) DE LAS CARRERAS, A., op. cit., p. 10.

## NUESTRO ACCESO A LOS ROMANOS

*(Algunas dificultades en la enseñanza del Derecho Romano)*

por OSCAR ANDRÉS DE MASI

“Acabé un monumento más perenne que el bronce, más alto que las pirámides reales, que ni la lluvia roedora ni el imponente Aquilón podrán arruinar; ni la innumerable serie de los años, ni la huida de los tiempos...”

Horacio, ODA XXX (Lib. 3°)

Durante siglos, estos versos de Horacio parecieron escritos a propósito del legado más duradero de Roma: su Derecho. Pero, ¿es hoy el Derecho Romano una pieza de museo o, por el contrario, sigue configurando la clave del arco del mundo jurídico latinoamericano y del Derecho Argentino en particular?. La supresión de la asignatura en algunas universidades de nuestro país parece darle la razón a la primera hipótesis. El avance de concepciones normativas fuertemente ideológicas no es por cierto un signo auspicioso para aquella visión tan anclada en la “veritas rerum”, en la mismísima realidad de las cosas. Sin embargo, no pocas siguen siendo las razones de peso para sostener la necesidad universitaria de una disciplina sometida en ocasiones, entre nosotros, a descalificación y “capitis deminutio” curricular.

Dejando a un lado por el momento la exposición de aquellas razones, vamos a detenernos en algunas dificultades que presenta actualmente el acceso al mundo romano.

### **La brecha lingüística**

El idioma en que los romanos concibieron y expresaron sus instituciones jurídicas y políticas viene a configurar una primera dificultad a

la hora de enseñar la materia en cuestión. Es obvio que si los estudiantes llegaran al nivel universitario con algunos rudimentos de latín, la cosa sería más sencilla. Pero dado que la escuela secundaria les niega el aprendizaje de las lenguas clásicas (al mismo tiempo que tampoco les provee el dominio de las modernas), los alumnos sufren resignadamente los latinazgos y algunos suponen arreglar el asunto "latinizando" cada expresión castellana con el añadido de las terminaciones ium, em, us, etc. Ingenuo método que suena a latín y demuestra al menos cierta picardía pero que no resuelve el punto; lo agrava creando la falsa impresión de estar diciendo algo como lo hubiera dicho Cicerón.

La brecha lingüística nos aleja, no sólo del Derecho Romano sino, en general, del mundo clásico. (1) Con todo sigue siendo cierto aquello que escribiera el profesor Barrow:

"El latín trata las cosas en una forma concreta; se ocupa más de descripciones que de abstracciones y cuida del orden en que presenta al oyente sus descripciones.... Puede revestir lo trivial y lo vulgar con una sonoridad digna de mejor tema; puede condensar una verdad con una brevedad impresionante, y *muchas veces, cuando se ha dicho una cosa en latín, no hay manera de decirla mejor*" (2).

### La ubicación en los planes de estudio

La ubicación de la materia en el plan de estudios de abogacía, es, este sí, un problema insoluble. Normalmente se la coloca en el primer año, junto con otras materias de carácter introductorio. Así, el Derecho Romano pretende aportar una visión panorámica del Derecho Privado. Pero ocurre que los cursantes se enfrentan por vez primera a institutos jurídicos que recién estudiarían en años posteriores de la carrera: persona, obligaciones, contratos, sucesiones, servidumbres, hipotecas, acción, etc, son todos conceptos inherentes a materias futuras. Para colmo, la extensión del programa dificulta su exposición íntegra en clase. Pese a estos óbices, siendo una materia básica no podría estar sino en la base misma de la carrera.

En consecuencia no parece adecuado el emplazamiento y carácter que le ha asignado, por ejemplo, la Universidad de Buenos Aires (en el último tramo del plan y optativa), por entender que, en ese caso sí, la materia adquiere un perfil contingente, accesorio, con relación a la formación del abogado y apenas puede despertar un interés historicista en quienes eligen cursarla.

En fin, aún reafirmando la impresión de ser la ubicación de la

materia un callejón sin salida, acaso su desdoblamiento en dos cursos (1° y 2° año) aliviaría su peso y la haría menos refractaria a sus jóvenes destinatarios.

## **El prejuicio frente a la Antigüedad**

Existe una mentalidad salvajemente evolucionista que ve en el futuro el único dato valioso para la condición humana. Hay otra mentalidad paralela que parece atribuir a un vertiginoso presente la virtualidad de satisfacer toda expectativa vital (aquello de "to live the moment"). En ambos casos, el pasado poco o nada enseña, poco o nada aporta a la resolución de los problemas contemporáneos. El pasado aparece así como una circunstancia digna de olvido, y más aún si ese pasado es anterior todavía a la Modernidad. Cabe entonces imaginar el sitio que la cultura y la moda reservan en el desván para la Antigüedad Clásica, para griegos y romanos. Un estudioso de las literaturas greco-latinas ha escrito recientemente:

"...parece claro que ya no se estudia mucha Historia Antigua y tampoco se siente cercana a la Antigüedad Clásica. Los conflictos de los antiguos no parecen ya ilustrativos ni semejantes a los nuestros. En contraste con el sentir de los victorianos y de muchos lectores cultos del siglo pasado, no nos sentimos próximos a los Griegos y Romanos. Nuestra conexión con el pasado ha quedado rota, así como nuestra memoria histórica es cada día menor." (3)

Contra aquella visión que identifica antigüedad con vetustez, podrían multiplicarse los ejemplos de cuán "modernos" fueron los "antiguos" en muchos aspectos, aún en cuestiones tecnológicas. Los acueductos (algunos todavía en uso) son una buena muestra de aquellos avances, lo mismo que los caminos (vías), pavimentados con piedra y regularmente amojonados de modo de indicar al viajero la distancia recorrida. Numerosos inventos (como los de Herón de Alejandría o Arquímedes de Siracusa) suponían el empleo del vapor como fuerza motriz y revelaban precisos conocimientos de la hidráulica y la óptica: apertura automática de puertas de templos, grúas elevadoras, espejos propagadores de rayos incendiarios, fuentes hidrantes en plazas públicas, etc. Un historiador inglés, E. L. Woodward, señala respecto de la Britania romanizada:

"Esos poblados albergaban comodidades que no se

encontraban en Birmingham o en Westminster a finales del siglo XVIII. Las calles estaban pavimentadas y saneadas, con aceras para los transeúntes; las casas tenían calefacción central y casi siempre agua corriente.” (4)

Todo esto suena muy moderno, incluso el cartel que en muchas viviendas hoy advierte “cuidado con el perro”, era exhibido en las casas romanas, en su versión original: “Cave Canem”. Si algún otro ejemplo sirve para dar una idea del confort de entonces, basta recordar la costumbre de consumir bebidas “on the rocks”, con hielo y nieve especialmente embalados y ¿qué más actualidad que la de aquel muro pompeyano que conserva todavía este “graffiti” electoral:

-“votad por Bruto: el mantendrá los precios bajos”- ?

Nuestro lenguaje político -tan imbricado en la Modernidad-, permanece repleto de palabras (e instituciones) de cuño romano: hoy seguimos usando términos como candidato, senado, plebiscito, comicio, magistrado, república, veto; acaso ignorando su origen pero con la naturalidad con que seguramente sonaban a los oídos romanos. También nuestro calendario sigue nombrando a días y meses con nombres romanos. Demás está subrayar la profusión de conceptos estrictamente jurídicos inabarcables en los límites de estos apuntes. Y ni que hablar de la organización de la administración pública en Roma, sin duda cuna de la “burocracia” estatal moderna, según lo advirtiera Max Weber (5).

Más allá de estas comprobaciones puntuales -siempre llamativas para la mentalidad contemporánea- no debe omitirse una consideración metafísica acerca de la perspectiva antigua. Tal consideración revela en la cosmovisión de la Antigüedad una sabiduría que bien puede iluminar nuestro presente y advertirnos acerca de riesgos para la misma condición humana. Se trata de aquel carácter que Romano Guardini bautizó como “orgánico”, atribuible a las civilizaciones antiguas:

“... La imagen del mundo propia de la Edad Antigua intentaba expresar la armonía que descansaba en sí misma, de un universo que se sentía como divino y que tenía como garantía al hombre noble” (6).

### **La distorsión “hollywoodense”**

Pero a las no pocas dificultades para el abordaje universitario del cosmos romano, se agrega el hecho de que las generaciones jóvenes, lejos

de no tener ninguna idea de aquel mundo, suelen ya traer una negativa imagen previa, producto de decenas de películas cinematográficas. Allí aparece lo que podría llamarse la "distorsión hollywoodense": desfilan (y qué preciso es el término) delante de la pantalla unos romanos estereotipados, protervos, orgiásticos, crueles, cuya única ocupación parece ser la frecuentación de banquetes, la concurrencia al circo y la dominación "manu militari" del mundo (incluido el martirio permanente de cristianos). Algo así como los "nazis" de la Antigüedad. Y sin embargo, cuán lejos del racismo hitleriano está el ideal ecuménico "Pax Romana".

Negar en la historia romana períodos de grosería y decadencia sería rendir un flaco homenaje a la verdad histórica. Pero la pretensión de absolutizar aquellas etapas degradantes es, del mismo modo, una falacia. Sería tan desleal como recordar al siglo veinte únicamente por los campos de concentración o los porno-shops.

Ni todos los que poblaron y gobernaron Roma fueron Calígula o Nerón, ni los Calígulas y Nerones verdaderos fueron probablemente como los retrata el cine. Aún Suetonio -un historiador republicano, y por lo mismo inclinado a acentuar los vicios del Principado- tiene para con los emperadores gentilezas que no les dispensa, por ejemplo, el polémico film de Tinto Brass. Sería injusto no reconocer un cierto renacer del interés literario por los romanos expresado en obras ya célebres como "Los Idus de Marzo" (Thornton Wilder), las "Memorias de Adriano" (Marguerite Yourcenar), o "Yo Claudio" (Robert Graves), o en la novísima serie detectivesca de Steven Saylor; piezas todas ellas que escapan del standard cinematográfico, pero cuyo impacto e influencia en el gran público no puede parangonarse con el cine o la TV (7).

## **Un necesario replanteo**

Los modos tradicionales de presentar la materia, sumados a las dificultades que rápidamente esbozamos, tampoco favorecen su éxito entre los estudiantes. La falta de ubicación cronológica, el desconocimiento geográfico, la crasa ignorancia acerca de las civilizaciones antiguas (todo ello resabio de un ciclo secundario defectuoso) impone replantear los programas de Derecho Romano, dando a las instituciones jurídicas un previo y mejor marco histórico. Al mismo tiempo, la fluida utilización de fuentes originales puede contribuir a una visión más familiar de los romanos. César, Suetonio, Tácito, Tito Livio, Petronio, Virgilio, Horacio y toda la galería de autores latinos pueden aportar una perspectiva menos marmórea que la que traen muchos manuales de tono académico. Esa fue precisamente la comprobación de Indro Montanelli, cuando

acometió la tarea de componer una "Historia" desmitizante y desacartonada, de cuya lectura no debería prescindir un curso de Derecho Romano que se precie de tal. Del mismo modo, la inclusión de novelas de la calidad literaria de las mencionadas enriquecería la bibliografía específica, aportando ese telón de fondo histórico que la materia parece reclamar.

En fin, es hora de replantear la función del Derecho Romano haciendo de la asignatura una propedéutica a la lógica jurídica y no, como ahora, casi un rompecabezas arqueológico expresado en una lengua muerta.

## NOTAS

- (1) Cfr. PADRÓN, H. J., "La Urgencia de las Humanidades", serie Estudios y Discusiones n° 3, Ed. Fades, pág. 12: "Lo que aleja irremediabilmente la Antigüedad de la inteligencia del presente es la ignorancia de las lenguas en las cuales dicha Antigüedad plasmó su expresión".
- (2) Cfr. BARROW, R. H.: "Los Romanos", Fondo de Cultura Económica, México, 1978, págs. 122 y 123.
- (3) Cfr. CARLOS GARCÍA GUAL, "La Antigüedad novelada", Anagrama, Barcelona 1995, pág. 259
- (4) Cfr. E. L. WOODWARD: "Historia de Inglaterra", Alianza, Madrid, 1994, pág. 15. *Vide* también Barrow. R. H.: ob. cit. págs. 138 a 141
- (5) Cfr. MAX WEBER, "La Política como Profesión", en "Ciencia y Política", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1980, pág. 89:  
"La formidable influencia póstuma del derecho romano bajo la forma que le había dado el Estado burocrático Romano de los últimos tiempos, se refleja claramente en el hecho de que, en todas partes, la revolución de la administración pública hacia una forma estatal racional ha sido ejecutada por juristas destacados".
- (6) Cfr. GUARDINI, ROMANO: "El Poder", Ed. Cristiandad, Madrid, 1982, pág. 72. *Vide* también págs. 49-50.

Es particularmente interesante citar como ejemplo el problema del abuso del poder, cuyas implicancias exceden la discusión teórica de los cientistas políticos. Dice ROMANO GUARDINI: "La Antigüedad era muy conciente de este peligro. Veía la grandeza del hombre; pero también sabía que éste es muy vulnerable en todo su poder, y que su existencia depende de que sepa conservar la medida y el equilibrio. Para PLATÓN, el tirano, es decir, el poseedor del poder que no está ligado por la valoración a los dioses y el respeto a la ley, constituye una figura de perdición. La Edad Moderna ha ido olvidando cada vez más este saber. Lo que ocurre en ella -el hecho de que niegue toda norma que esté por encima del hombre, se considere el poder como autónomo, se determine su empleo únicamente por la ventaja política y la utilidad económica y técnica- es algo que carece de precedente en la historia" (ob. cit. p. 80).

- (7) Para un inventario de este renacer literario, *vide* GARCÍA GUAL, CARLOS, ob. cit.

# SISTEMAS PARA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

*Tribunales arbitrales - Tribunales de justicia* (1)

por FERNANDO P. BREBBIA

## 1. El comercio internacional y las integraciones regionales

No existen dudas que las relaciones comerciales de dimensiones internacional entre los distintos Estados y entre estos y los particulares –personas físicas o jurídicas– han experimentado en las últimas décadas un desarrollo inusitado y hasta hace poco tiempo desconocido. A ello ha contribuido en gran medida el desarrollo de la cooperación entre distintas regiones y la profundización creciente de los distintos procesos de integración económica. Corrobora lo expuesto las relaciones entre la Comunidad Europea y diversos países, en particular latinoamericanos, pues como se ha señalado “desde su estructuración en los años 50, y fundamentalmente desde la década del 70 la C.E. ha tenido un rol protagónico y exclusivo en la configuración de las relaciones económicas comerciales de sus países integrantes con el resto del mundo, y ha visto incrementar, aunque con mayores dificultades, su papel como generadora de una política exterior común (2); además las distintas corrientes de integración económica traen como consecuencia natural la supresión de las barreras económicas y el aumento de la libre circulación de los bienes. Se ha observado con razón la importancia de la asociación regional con la

(1) Trabajo presentado al VII Congreso Internacional realizado en Rosario - Santa Fe entre los días 19 al 21 de abril de 1995.

(2) TEMPESTA GUILLERMO, “Aspectos Institucionales y legales de la relación de cooperación comercial, económica y política de la Comunidad europea y américo-latina - con especial referencia Mercosur”, en “El Mercosur (Aspectos Institucionales y Económicos)”, AUGUSTO M MORELLO - Coordinador - Buenos Aires, 1993, p. 11.

consiguiente supresión de los derechos aduaneros y las trabas arancelarias con miras a lograr la libre circulación de los bienes, servicios y El Mercosur comprende, como es sabido, una de las regiones con mayores posibilidades de desarrollo del comercio internacional. Ello surge de la observación de los cambios producidos a partir de la apertura y desregulación de las economías locales dentro del contexto de la integración económica haciéndola de interés para la inversión y el ingreso de capitales foráneos. Basta pensar que el comercio de la región pasó de dos mil millones de dólares en el año 1986, a diez mil millones y que crece en el orden del 20% anual. Al eliminarse, a partir del 1° de enero de 1995 las barreras aduaneras existentes para el 85% de las posiciones arancelarias y establecerse un arancel externo común se amplió al mercado interno de los países miembros que disponen hoy en consecuencia de una gran posibilidad para conquistar nuevos espacios.

En lo que atañe a nuestro país la creación de una zona libre de comercio puesta en marcha después de la reunión de Ouro Preto (1994) se convierte rápidamente en un importantísimo sostén de la actividad económica que comprende un espacio equivalente al 60% de la superficie total de América latina que es cinco veces mayor al de la U.E. Los doscientos millones de habitantes de la región del cono sur, equivalen al 75% del mercado de los E.E.U.U. No hay duda que el Mercosur se ha difundido por el aumento del equilibrio logrado desde el advenimiento de la Unión Aduanera y las negociaciones con la organización Mundial del Comercio, la Unión Europea, ALADI y el Nafta. Antes de fines de 1995 se espera la celebración de importantes acuerdos comerciales con la C.E.

La consolidación del proceso integrador se encuentra íntimamente ligada a la adopción de mecanismos jurídicos eficientes.

Por ello un mecanismo de solución de controversias adecuado y definitivo constituye uno de los pilares de la consolidación. Pretender que se pueda esperar hasta el año 2006 –según reza el Protocolo de Ouro Preto– significa ni más ni menos que poner en peligro no solo los objetivos ya alcanzados sino el proceso mismo, pudiendo transformar al Mercosur en una nueva frustración integratoria”. “Tales mecanismos no solo servirán para la solución concreta de la controversia en particular, sino como elemento indispensable para la creación de *jurisprudencia uniforme* particularmente en lo que se refiere a control de supranacionalidad de las normas comunitarias” (3).

Los datos que brevemente dejamos expuestos permite en principio

(3) BECÚN HORACIO D. “Solución de controversias. Control de Supranacionalidad normativa”, “La Ley”, 15/6/95.

poner de relieve la necesidad de establecer un sistema de solución de las divergencias que el comercio internacional ineludiblemente va a plantear entre los Estados y los particulares. Como se ha sostenido "la cooperación económica internacional y el incremento del intercambio negocial imponen la necesidad de centros de solución de conflictos que actúen con la celeridad y capacidad que el comercio necesita (4).

El objeto del presente trabajo, precisamente, es efectuar una breve reseña de los distintos sistemas adoptados en el orden internacional para dirimir las diversas cuestiones que se plantean en el comercio teniendo en vista principalmente la organización futura del Mercosur.

## 2. Del G.A.T.T. a la organización Mundial del Comercio (O.M.C.)

La organización Mundial del Comercio ha dejado inaugurado un nuevo periodo del comercio internacional siendo considerado "como la consagración del proyecto más ambicioso de la historia en materia de políticas comerciales internacionales" (5) lo que ciertamente no es poco.

Al finalizar en 1994 el Acuerdo de Marrakesh, uno de los resultados de la octava Ronda de Negociaciones del G.A.T.T. (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) ha constituido con el beneplácito general, -y principalmente con el de los países productores- el fin de la actividad del G.A.T.T. "cuya performance, sobre todo respecto de la agricultura, ha sido menos que mediocre", y es ampliamente conocido que precisamente la agricultura ha sido su principal falla" como consecuencia del grave deterioro de los precios internacionales, y de los subsidios agrícolas otorgados generosamente por los países miembros de la C.E. (6).

La O.M.C. que rige desde el 1° de enero del corriente año posee funciones y finalidades más amplias que su antecesor toda vez que debe regular en lo sucesivo no solo todo lo concerniente a los productos manufacturados~ sino también *el comercio de los productos agrícolas*, textiles, servicios, propiedad intelectual e inversiones "e importa el re-

(4) DE LOS SANTOS M. A. y PARLATORE L. S. "El arbitraje en el ámbito del Mercosur, J.A. 1991, p. 690.

(5) BEC EUGENIA, "Argentina y el debate sobre comercio internacional y medio ambiente después de la Ronda Uruguay, L.L., LIX, n° 107,5/6/95.

(6) Su objetivo es liberar el intercambio de todo resabio proteccionista. La inclusión del comercio de productos agrícolas en el sistema del Gatt fue el punto más controvertido por la resistencia (V. Rev. Forum del Comercio Internacional, 1/194).

conocimiento del virtual fracaso del G.A.T.T.” abriendo un amplio espacio para el optimismo, ya que como ha señalado Alberto de las Carreras, la democratización de las relaciones comerciales internacionales surge de las atribuciones de que ha sido investido y precisamente de su régimen de solución de diferencias; considera el autor citado que las nuevas reglas de este mecanismo acotan la ley del más fuerte, permitiendo equilibrar el poder de las naciones mediante un sistema jurídico de resolución de controversias más transparente, con plazos y compromisos que perfeccionaran las más laxas normas hasta ahora existentes (7).

Dentro del sistema originario del G.A.T.T., que coexiste con la O.C.M. hasta fines de 1995, la resolución de disputas estaban contenidas en los artículos XII y XIII que en lo sustancial disponían que en el supuesto de incumplimiento a lo estipulado por el G.A.T.T. las partes debían realizar gestiones conjuntas, y para el caso de fracaso de las mismas, se autorizaba a la parte agraviada a presentar un reclamo ante el Consejo, en los siguientes casos: a) falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas; b) aplicación de medidas por parte de un miembro que afecte indebidamente el comercio, y c) toda otra situación que origine estos efectos, en cuyo caso, el Consejo designaba un “Panel” para la resolución del conflicto, elegido por las partes entre autoridades o personas destacadas. Oídas las partes, el Panel ordenaba el cese del incumplimiento o la suspensión de las concesiones efectuadas a la contraparte, o a cumplir determinadas obligaciones, con arreglo a los usos y costumbres. La resolución del Panel se elevaba al Consejo que debía adoptarla bajo *consenso*, –lo que implica la unanimidad– y como se ha dicho con razón “representa el mayor escollo para la adopción de la resolución, dado que cualquier país, inclusive la parte perdedora en el conflicto, puede *bloquear* la adopción de la resolución del Panel”, dando por resultado que la decisión que carece de consenso, “se convierta en la simple opinión de tres expertos en la materia” (8).

- (7) DE LAS CARRERAS A. “Muere el Gatt y nace la O.M.C.”, La Nación 20/12/94. Entre otros errores del Gatt –ya hemos visto la exclusión de la agricultura– se agrega la escasa atención de los textiles e indumentarias y de haber permitido la proliferación de las barreras no arancelarias, el unilateralismo que favorece a los países más fuertes. (V. Forum, op. cit.)
- (8) NICHOLSON P. Y VIZIOLI L.H. “Nuevo sistema para la resolución de disputas en el comercio internacional”, en Periódico Económico Tributario”, año III, N° 75, 16/12/94. La administración del Gatt está a cargo de un Secretariado dirigido por un Director General, con sede en Ginebra y se complementa con un Consejo de Representantes que asisten a las partes en las Rondas de negociaciones y comités ad-hoc. Se llevan realizadas desde 1949 ocho rondas, la última (1986/1994) designada Ronda Uruguay, cuyo objetivo consistía en la eliminación de las restricciones al comercio internacional,

En el Acta final de la Ronda Uruguay se arriba como hemos visto al Acuerdo por el que se establece la *Organización Mundial del Comercio* (O.M.C.) que abarca el Acuerdo General, modificado en la Ronda Uruguay y todos los acuerdos e instrumentos concluidos bajo sus auspicios y los resultados integrales de la Ronda. Su estructura consiste en una Conferencia Ministerial que debe reunirse cada dos años; un Consejo General que se encarga de supervisar el funcionamiento del Acuerdo y la aplicación de las decisiones ministeriales. El Consejo actuará como “*Órgano de Solución de Diferencias*” y como órgano de Examen de las Políticas Comerciales, además de los órganos auxiliares. El marco de la O.M.C. sirve de vehículo para garantizar que los resultados de la Ronda Uruguay se traten como un “todo único”, y por consiguiente “el hecho de ser miembro de la O.M.C. implicará la aceptación de todos los resultados de la Ronda, sin excepción alguna” (9).

El nuevo sistema de normas y procedimientos que regirá en el futuro la solución de diferencias, difiere sustancialmente de las contenidas en el G.A.T.T. en cuanto sus decisiones *no están más supeditadas al consentimiento de las partes en la diferencia*, lo que importa un refuerzo al sistema hasta ahora vigente.

La creación del O.M.C. tiene por finalidad otorgar previsibilidad y seguridad en las relaciones comerciales internacionales e introducir equidad, como expresa de las Carreras, agregando que se trata, como queda expuesto, de una democratización de las relaciones internacionales al moderar el poderío de las grandes naciones (10).

No obstante el nuevo Sistema de Resolución de Disputas (S.R.D.) mantiene el contenido de las disposiciones del régimen del G.A.T.T. mejorando su práctica, cuyas modificaciones más trascendentes son; la obligatoriedad, como ya hemos visto; la creación de un órgano de apelación de las decisiones de los Paneles; y la implementación de reglas de contralor del cumplimiento de las resoluciones de los Paneles o del órgano de apelación.

El Estado que se considere afectado *no puede adoptar medidas unilaterales* debiendo ineludiblemente recurrir al órgano de Solución de Diferencias (O.S.D.) siguiendo un procedimiento preordenado que se inicia con *consultas* entre las partes tendientes a arribar a una solución

---

por cuya razón los países miembros se obligan a respetar las tarifas máximas acordadas que sólo pueden ser aumentadas a países terceros.

(9) V. Boletín de información del Gatt (Focus Gatt, dic. 1993).

(10) DE LAS CARRERAS, op. cit.

aceptada por ambas; transcurridos 60 días de iniciadas las consultas, la parte que promovió la reclamación puede solicitar a la O.S.D. que se designe un Panel que deberá estar constituido para la primera reunión del órgano; existen además otros procedimientos alternativos tales como los buenos oficios, conciliación o mediación implementadas a través del director general de O.M.C., o bien mediante el arbitraje, en el caso que la disputa este limitada a un caso particular y acordado.

El Panel estará integrado por tres (o cinco) panelistas representantes de las partes y constituido con personas con especial versación en derecho y comercio internacional; el procedimiento no deberá durar más de nueve meses desde su constitución hasta el *reporte final*, pero previo a éste deberá ofrecerse a las partes una narración de los hechos y argumentos lo que importa una etapa procesal original designada como "*etapa intermedia del reexamen*", durante la cuál las partes podrán solicitar aclaraciones o rectificaciones respecto de los temas fácticos, pudiéndose designar una nueva audiencia para investigar las cuestiones presentadas en la revisión, cumplida la cuál, se dictará la *decisión final* que deberá ser adoptada en la reunión del O.S.D. El Reporte quedará *aprobado automáticamente*, salvo que se adopte unánimemente por su rechazo, y podrá ser *apelado* ante un Panel compuesto de siete miembros, quedando también automáticamente aprobado, excepto que sea rechazado por el O.S.D. que controlará su cumplimiento.

El entendimiento en la solución de diferencias permite a la O.M.C. basar sus reclamaciones en cualquiera de los acuerdos comerciales multilaterales incluidos en los anexos del Acuerdo.

La apelación es una de las novedades del nuevo sistema y está a cargo de un órgano de apelación integrado por siete miembros; la apelación tiene por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste <sup>(11)</sup>.

Adoptada la decisión final por el O.S.D. o mediante el recurso de apelación, deberá ser cumplida por el país o países objeto de la recomendación. Si no fuera así el O.S.D. autoriza la aplicación de represalias comerciales, tales como suspensión de las obligaciones, sean concesiones comerciales u otras obligaciones propias de la O.M.C., que no podrán exceder los perjuicios ocasionados por la medida reclamada.

(11) El objetivo es sustituir el Gatt por la O.M.C. y fundamentalmente consiste en liberar el intercambio de mercancías y de servicios y de todo resabio del proteccionismo que facilitaba y permitía el régimen anterior, además se propone la protección de la propiedad intelectual, tanto en el comercio de bienes como de servicios, siendo obligatorio introducir las indicaciones del Gatt en la legislación de cada país.

### 3. El Mercosur

#### A - Tratado de Asunción

El sistema de solución de controversias que estableció el Protocolo de Brasilia (1991) tuvo como antecedente el panel de árbitros que contenía el Convenio de Libre Intercambio celebrado entre los E.E.U.U. y el Canadá para resolver los problemas originados por el Dumping y también el suscrito entre Méjico y Chile (1991). Señalan Morello y Oteiza (12) que los conflictos que se generen como consecuencia del orden jurídico establecido a partir del tratado de Asunción, no cuenta con un órgano jurisdiccional capaz de darles respuestas, considerando que la falta de un tribunal similar al creado por la Comunidad Europea (Corte de Luxemburgo) impide aludir al Mercosur como una “comunidad de derecho, pues al crear aquél una justicia arbitral las posibilidades de dar seguridad son escasas y constituye un paso atrás en la constitución de un mercado común privilegiándose la creación de una zona libre comercio; agrega que “el sistema de solución de controversia, es tributario de una concepción donde todo queda subordinado a las administraciones nacionales”.

El Tratado de Asunción solo establece que las cuestiones que se susciten entre los Estados miembros deberán ser resueltas por “*negociaciones directas*”, y no habiendo acuerdo la cuestión debe ser llevada a la consideración del *Grupo Mercado Común*, quién dentro del plazo de 60 días formulará *recomendaciones* para dar solución al conflicto, pudiendo designar “Paneles” de expertos o peritos para obtener el suficiente asesoramiento técnico. No lográndose solucionar el diferendo por esta vía el Grupo Mercado Común enviará los antecedentes ante el *Consejo* para que efectúe las *recomendaciones* que fueran del caso (13).

Este sistema rudimentario y notoriamente insuficiente para la resolución de divergencias fue reemplazado por un Sistema de Solución de Controversias (S.S.C.) que instituyó luego “el Protocolo de Brasilia” (1991) y que debía regir durante el periodo de transición (31/12/94).

(12) MORELLO Y OTEIZA, en “El Mercosur”, p. 218.

(13) Después de la cumbre de Ouro Preto se crean como órganos del Mercosur al Consejo del Mercado Común (CMC) el Grupo Mercado Común (GMC), la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), el Foro Consultivo Económico Social (FCES) y la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM); los tres primeros con capacidad de decisión y los últimos de naturaleza consultiva y de función meramente administrativa para la secretaria. Los órganos decisorios son intergubernamentales pero sus funciones ahora son obligatorias.

## B - Protocolo de Brasilia

El Protocolo distingue los conflictos originados entre los Estados y los suscitados entre particulares:

1) En cuanto a los conflictos entre Estados originados en la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas del Tratado, o de los acuerdos o de las decisiones del Consejo del Mercado Común, y las resoluciones del Grupo Mercado Común, deben ser sometidos primeramente a una instancia o negociación directa haciéndose saber al Grupo las gestiones realizadas, negociación ésta que no podrá dudar más de quince días. Agotada esta instancia el (G.M.C.) formulará recomendaciones debiendo expedirse en el plazo de treinta días.

Fracasada la instancia conciliatoria la dilucidación del caso queda en manos de un *Tribunal Arbitral* compuesto por tres miembros, a quién se somete el mismo en forma *obligatoria* sin necesidad de un compromiso previo. Cada parte propone un árbitro de una lista de diez, y el tercero será designado de común acuerdo no pudiendo ser connacional de ninguna de las partes; si ello fuera imposible se determina por sorteo de una lista de diez y seis miembros del Grupo Mercado Común. El tribunal constituido de este modo fija sus propias reglas procesales que deben garantizar el derecho a ser escuchado, a producir sus pruebas y a que el proceso se realice en forma expedita. El laudo se adopta por mayoría y sus miembros no podrán fundar los votos en disidencia debiéndose mantener la confidencialidad de la votación, y contra éste solo procede el recurso de *aclaratoria*. Si el Estado perdedor no cumpliera el laudo en el plazo de treinta días se podrán adoptar medidas compensatorias.

2) A su vez el protocolo determina que las *personas* físicas o jurídicas, que resulten afectadas por medidas restrictivas adoptadas por otro Estado miembro que tengan este efecto, o discriminatorio, o que importen competencia desleal violatorias del Tratado podrán formalizar reclamos ante la *Sección Nacional del Grupo Mercado Común* con la prueba que acredite su verosimilitud, que iniciará contacto con el Estado, y si no fuera resuelta en el plazo de 15 días la Sección Nacional, a pedido del particular afectado, deberá elevarla sin otro trámite al *Grupo* que valorará los fundamentos de la Sección Nacional para la admisión del reclamo, el que será rechazado si no se encuentran reunidos los requisitos del caso; si se acepta la procedencia del reclamo el Grupo debe nombrar tres expertos para integrar el tribunal que deberá pronunciarse en el plazo de treinta días. Los expertos serán designados por el Grupo de una lista de 24 Miembros.

El tribunal o los expertos debe elevar su dictamen al Grupo y si el

mismo encontrara precedente el reclamo cualquier Estado puede exigir la adopción de medidas colectivas o la anulación de las medidas cuestionadas; si el requerimiento fuera rechazado deberá recurrirse directamente al procedimiento *arbitral*.

Como dicen Morello y Oteiza “el proceso pergeñado para el reclamo de los particulares difícilmente tendrá mayor importancia que una simple denuncia de violaciones del derecho aplicable por el Tratado de Asunción y sus normas derivadas. Los Estados se reservan indirectamente, mediante el control de admisibilidad ejercido por el Grupo, el derecho a rechazar la petición de los particulares” (14).

### *C - Protocolo de Ouro Preto*

A partir de la aprobación del Protocolo de Ouro Preto los Estados Partes pasan a constituir una zona de libre comercio y una unión aduanera imperfecta, con personería jurídica propia.

El art. 43 de este Protocolo se refiere al Sistema de Solución de Controversia (S.S.C.) que establece que las que surgieran entre los Estados sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado, y en los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, y el artículo siguiente agrega que antes de culminar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias con miras a la adopción del sistema permanente a que se refiere el Tratado de Asunción (ítem 3, anexo III) y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia.

Como se desprende del citado art. 43 el S.S.C. no ha establecido ninguna norma que regule la solución de controversias entre particulares.

En cuanto a las controversias entre Estados se establece primeramente negociaciones directas, luego la intervención del Grupo Mercado Común y finalmente un arbitraje obligatorio de acuerdo con las reglas que contiene el Anexo al protocolo de Ouro Preto en cuanto establece un “Procedimiento General para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur” que seguidamente se indica.

(14) Op. cit., p. 225.

Las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur originadas en los Estados partes o en reclamaciones de particulares –personas físicas o jurídicas– de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Protocolo de Ouro Preto, se ajustaran al procedimiento establecido en el presente Anexo.

El Estado parte reclamante presentará su reclamación ante la Presidencia Pro Témpace de la Comisión de Comercio del Mercosur, la que tomará las providencias necesarias para la incorporación del tema en la Agenda de la primera reunión siguiente de la Comisión de Comercio del Mercosur con un plazo mínimo de una semana de antelación. Si no se adoptare una decisión en dicha reunión, la Comisión de Comercio del Mercosur remitirá los antecedentes, sin más trámite, a un Comité Técnico. Este Comité preparará y elevará a la Comisión de Comercio del Mercosur, en el plazo máximo de treinta (30) días corridos, un dictamen conjunto sobre la materia. Dicho dictamen o las conclusiones de los expertos integrantes del Comité Técnico, cuando no existiera dictamen conjunto, serán tomados en consideración por la Comisión de Comercio del Mercosur, al decidir sobre la reclamación.

La Comisión de Comercio del Mercosur decidirá sobre la cuestión en su primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen conjunto, o en caso de no existir éste, de las conclusiones de los expertos, pudiendo también ser convocada una reunión extraordinaria con esa finalidad. Si no se alcanzare el consenso en la primera reunión mencionada en la Comisión de Comercio del Mercosur elevará al Grupo Mercado Común las distintas alternativas propuestas, así como el dictamen conjunto o las conclusiones de los expertos del Comité Técnico, a fin de que se adopte una decisión sobre la cuestión planteada. El Grupo Mercado Común se pronunciará al respecto en un plazo de treinta (30) días corridos, contados desde la recepción, por la Presidencia Pro Témpace, de las propuestas elevadas por la Comisión de Comercio del Mercosur.

Si hubiere consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio del Mercosur o en el Grupo Mercado Común. En cada caso, la Comisión de Comercio del Mercosur, o posteriormente el Grupo Mercado Común, determinarán un plazo razonable para la instrumentación de dichas medidas. Transcurrido dicho plazo sin que el Estado reclamado haya cumplido con lo dispuesto en la decisión adoptada, sea por la Comisión de Comercio del Mercosur o por el Grupo Mercado Común, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

Si no se lograra el consenso en la Comisión de Comercio del Mercosur

y posteriormente en el Grupo Mercado Común, o si el Estado reclamado no cumpliera en el plazo previsto con lo dispuesto en la decisión adoptada, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento establecido en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, hecho que será comunicado a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

El Tribunal Arbitral deberá, antes de emitir su laudo, dentro del plazo de hasta quince (15) días contados a partir de la fecha de su constitución, pronunciarse sobre las medidas provisionales que considere apropiadas en las condiciones establecidas por el artículo 18 del Protocolo de Brasilia.

El Protocolo de Ouro Preto dejó evidenciado por un lado los grandes logros obtenidos que importaron avances notables en el camino hacia la integración, pudiéndose mencionar entre ellos, la entrada en vigor del arancel externo común, el funcionamiento de una zona de libre comercio y la unión aduanera, acercándose de este modo al objetivo del establecimiento de un mercado común. Merece destacarse también la conclusión del código aduanero. Pero lamentablemente, en el tema que nos ocupa, esto es en cuanto al sistema de solución de controversias, ciertamente no se han obtenido progresos que merezcan destacarse habiendo quedado este problema en las soluciones establecidas en el Protocolo de Brasilia (15). El anhelo de un mecanismo permanente de solución de controversias, la posibilidad de creación de un Tribunal de Justicia, o en todo caso de un tribunal supranacional, sigue siendo una asignatura pendiente. Como se ha dicho (16) "el sistema de solución de controversias (provisional) que corresponde con los datos del programa previsto en el Tratado; la relevancia que reviste el principio de la reciprocidad que requiere el consenso de los Estados, y la ausencia de una estructura institucional que goce de autonomía de los Estados en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas"; desde un punto de vista orgánico se identifica mejor con esquemas propios del derecho internacional público que con sistemas de derecho supranacional".

El Tratado de Asunción persigue la finalidad de establecer definitivamente un mercado común; con el Protocolo de Ouro Preto se ha alcanzado, como hemos visto la creación de una zona de libre comercio y una unión aduanera imperfecta lo que no dejan de ser trascendente pero lejos aún del establecimiento de una comunidad. Por ello, como lo

(15) DE LA CRUZ, A. "El paso de la realidad en el Mercosur", L.L. 1991-B Sec. Doct., p. 1149.

(16) Op. cit.

señalan Morello y Oteiza (17) el mecanismo de solución de disputas reseñado imprime un diseño en que la idea de la "supranacionalidad" esta ausente; agregan que no obstante el nombre de "mercado común" adquiere los rasgos clásicos de una "Asociación de Estados" con la finalidad de crear una zona de libre comercio (18) Se ha dicho con razón que el Sistema del Tratado de Asunción se identifica mejor con esquemas de derecho internacional público que con sistemas de derecho supranacional.

#### 4. La Comunidad Europea

Andrés de la Cruz (19) señala dos aspectos jurídicos-institucionales trascendentes que caracterizan a la Comunidad Europea y que ha permitido cumplir las metas propuestas, a saber: 1) El control jurisdiccional de legalidad, y 2) La respuesta dada a la eficacia del derecho comunitario en el orden interno.

El Tratado somete a la revisión judicial los actos de las instituciones comunitarias y de los Estados Miembros estableciendo la competencia del Tribunal de Justicia de la C.E., y al mismo tiempo la de los tribunales nacionales.

El control de legalidad se ejerce por vía del *recurso directo* que puede ser interpuesto por un Estado, el Consejo, la Comisión (20) y también por una persona; pero además existe el *recurso prejudicial* ya que el Tribunal de Justicia tiene competencia (con carácter prejudicial) sobre la interpretación del Tratado, sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo.

Planteada una cuestión que verse sobre algunos de los aspectos mencionados ante un tribunal estatal este puede pedir al tribunal de justicia que se pronuncie sobre ella, si lo cree necesario para poder resolver. Si se tratara de una cuestión pendiente ante un tribunal estatal, si es insusceptible de recurso judicial ulterior, éste está obligado a someterlo al tribunal de justicia. Lo expuesto significa que la justicia de los Estados miembros tienen competencia para aplicar el derecho comunitario actuando como tales.

(17) MORELLO A. Y OTEIZA, op. cit.

(18) MORELLO A. Y OTEIZA, op. cit.

(19) ALVAREZ TRONGÉ, "Aspectos jurídicos del Mercosur, L.L. 1991-Sec. Doct. 812.

(20) DE LA CRUZ, op. cit.

(21) ALVAREZ TRONGÉ, op. cit.

## 5. Tribunales Supranacionales

La conclusión más importante que puede extraerse del análisis de los distintos sistemas de solución de diferencias, consiste, como dice Alvarez Trongé (21) en que la experiencia de la integración internacional aconseja como imprescindible el funcionamiento de un tribunal supranacional que garantice la aplicación y vigencia del derecho comunitario.

En la reunión celebrada en Buenos Aires entre los días 7 y 9 de agosto de 1991 por los integrantes de las Cortes Supremas de Justicia de nuestro país, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay se recomendó "que la futura complementación del Tratado Marco de Asunción establezca un sistema institucional, que permita el desarrollo de las políticas económicas de integración bajo un orden normativo, que garantice la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del derecho comunitario por un tribunal independiente".

Como se ha señalado (22), el paso hacia una Comunidad requiere, indudablemente, además de la existencia de una organización administrativa independiente y de un derecho supraestatal, que prevalezca sobre los derechos nacionales, de un órgano *jurisdiccional* que tenga atribuida la misión de garantizar el respeto de las normas y principios del Tratado de Asunción y su interpretación uniforme en el ámbito del Mercosur; de esta manera se asegura la tarea de realizar la integración a través del derecho y es por esta razón que en la Europa comunitaria se ha podido hablar de un "gobierno de los jueces".

Cassagne formula algunas reflexiones sobre los aspectos normativos y de una tutela jurisdiccional efectiva (23), a saber: la aplicación de las normas del T.A. va a demandar una mayor precisión de las competencias y poderes normativas de los órganos de la organización supraestatal; resulta imprescindible la recepción normativa de una serie de principios fundamentales para el cumplimiento de los objetivos y el funcionamiento de las instituciones. La incorporación al Tratado de una prescripción expresa que consagre la regla de la primacía del derecho supraestatal sobre los derechos regionales; la recepción de principios a la aplicación inmediata del derecho de la integración; el abandono de la regla del consenso. Agrega que estas reglas deben apoyarse en una tutela jurisdiccional efectiva sobre la base de la garantía de la defensa en sede administrativa y jurisdiccional; la consagración de recursos directos

(22) CASSAGNE J. C. "El Mercosur y las relaciones con el derecho interno", L.L., Año LIX, n° 105, 1/6/95.

(23) GARCÍA DE ENTRERRIA E., cit. por CASSAGNE, *ibid.*

contra las decisiones de los órganos y la posibilidad de que un *Tribunal de Justicia común e independiente proceda a la anulación de los actos de los órganos comunitarios con efecto "erga omnes"*, la instauración de recursos de interpretación de naturaleza prejudicial de un mecanismo efectivo para el cumplimiento de las sentencias.

Aunque en el estado actual la diferencia entre el Mercosur, limitado a una zona de libre comercio, no obstante el reconocimiento de su personalidad jurídica, y la comunidad europea, son abismales sobre todo porque en esta última los particulares tienen libre acceso a la Corte Comunitaria al poder plantear ante cualquier órgano jurisdiccional de los países miembros un recurso prejudicial; los tribunales locales, como hemos visto, están obligados a consultar al Tribunal de Justicia sobre todo cuestión relativa al derecho comunitario y de ese modo, como también hemos dicho, los jueces nacionales son al mismo tiempo jueces comunitarios de modo que existiendo un solo órgano jurisdiccional que interprete las normas se logra una gran seguridad en la aplicación del derecho.

## 6. Supranacionalidad de las Normas

En cuanto al problema de la supranacionalidad de las normas comunitarias no puede dejarse de mencionarse por su importancia el fallo (13/10/94) de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en el caso "Cafés La Virginia" sobre Recurso de Apelación" que determinó precisamente la supranacionalidad de las normas comunitarias en relación a las leyes internas del país. Resolvió el alto tribunal <sup>(24)</sup> que la norma comunitaria se incorpora a los derechos del particular, a punto tal que este puede oponerla inclusive al Estado Miembro del cuál es nacional, aun cuando no se vea Afectado directamente otro estado miembro.

En el caso el alto tribunal argentino resolvió que "la aplicación por los órganos del Estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado, además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas" y que "la obligación de respetar los convenios internacionales vigentes es una directiva implícitamente contenida en toda delegación legal, en atención a la obligación que pesa sobre los órganos del Estado Argentino de evitar la transgresión de un

(24) V. fallo de la C.S.J.N., "Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo". Bs. As. 4/9/95, p. 29 y MARCELO HALPERIN, en L.L. 19/9/95, p. 1.

tratado internacional. Como se señala en la nota que acompaña al fallo se recuerda que el principio de la buena fe en la interpretación de los tratados no es coherente sostener que un tratado “sólo consagra un compromiso ético pero no jurídico, sino que crea auténticos derechos y obligaciones”.

7 - Las razones expuestas aconsejan la conveniencia de acortar el plazo para la instauración de un sistema de solución de divergencias que reemplace definitivamente el ahora existente, basado como hemos visto, sustancialmente en las negociaciones entre las partes.

Tampoco nos parece una solución acorde con la importancia del Mercosur que los conflictos se resuelvan mediante la vía del arbitraje pues debe tenderse, en nuestra opinión, a una efectiva integración a través del derecho, al estilo de la C.E. abandonándose el consenso para las resoluciones de los órganos. No obstante debe admitirse que en el estado actual del Mercosur puede explicarse que la creación de un tribunal se deje para más adelante, pero también debe tenerse en cuenta que el período de transición está basado en un ordenamiento demasiado débil, pues como lo señala Bloch <sup>(25)</sup> “es difícil concebir un mercado común o comunidad de Estados sin un ordenamiento jurídico, y no podrá existir un ordenamiento jurídico completo y eficaz sin un tribunal de justicia como instrumento de garantía de la legalidad y de interpretación uniforme del derecho comunitario”.

El art. 7° del Tratado de Asunción establece que cuando la controversia no hubiera podido solucionarse cualquiera de los Estados podrá recurrir al procedimiento *arbitral*; y del art. 8° resulta que se trata de un arbitraje “ad-hoc”, es decir que en cada caso se nombran árbitros los que fijan el procedimiento.

Los arbitrajes “ad hoc” o libres no están sometidos a ningún mecanismo prefijado y las partes tienen que determinar las reglas procesales aplicables.

En los arbitrajes institucionales en cambio, la administración y control del proceso está a cargo de una entidad especializada en arbitraje que tiene un reglamento procesal propio, de manera que la intervención de los tribunales de justicia se limita a situaciones vinculadas con el aporte del “imperium” de que *carecen los árbitros*

(25) BLOCH, ROBERTO, “Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur”, en J.A., n° 5935, 31/5/95.

No obstante, el arbitraje ha sido objeto de un impulso activo por la doctrina comparada y por organismos internacionales como el "Uncitral" que adopte una ley modelo recomendada para la solución de conflictos por la asamblea general de la O.N.U. (26).

(26) DE LOS SANTOS M. A. y PARLATORE L. S, op cit. Entre otros tribunales de arbitraje de naturaleza institucional pueden citarse La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercia de Washington, la Asociación Americana de Arbitraje, con sede en NW York, y los Tribunales de Arbitraje creados en nuestro país por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y Rosario, entre otros.

# EL HIELO COMO OBJETO DE REGULACION JURIDICA INTERNACIONAL

por ANGEL ERNESTO MOLINARI

## INTRODUCCION

En general las formaciones de hielo pueden clasificarse en *Hielo Continental* (Continental ice sheet) agua dulce y nieve compacta acumulada sobre tierra firme; *campos de hielo a la deriva* (Pack ice), se produce a partir del congelamiento del agua de mar y *Barrera de hielo* (Ice Shelf), hielos perennes que progresivamente avanzan hacia el mar desde la tierra firme sobre la cual se asientan .

En ciertas circunstancias se producen desprendimientos de las barreras de hielo, aportando al mar hielo a la deriva en forma de témpanos.

Esta clasificación (1) resulta útil para comprender los diferentes enfoques que admite el hielo como objeto de regulación jurídica.

El hielo es técnicamente un recurso mineral, económicamente interesante si se piensa en el aprovechamiento del agua dulce contenida en una de sus formas, acumulada en grandes cantidades resulta atractivo frente a las limitaciones de agua potable que se registran en ciertas zonas del mundo. Esta expectativa impone una respuesta jurídica específica.

En otro orden, podemos considerar al hielo como un sensible elemento de la naturaleza expuesto fácilmente a los efectos de la contaminación, en ese sentido, aparece como elemento natural protegido dentro de normas medioambientales.

Asimismo, las áreas marinas cubiertas de hielo suponen riesgos para la navegación, constituyendo otro aspecto donde el hielo promueve la necesidad de establecer una regulación jurídica.

Finalmente, podemos considerar al hielo como referente para establecer el área de aplicación de normas jurídicas.

Diferentes aspectos normativos con relación a una misma figura jurídica. Sin dudas que los 27 millones de kilómetros cúbicos del manto de hielo que cubre el Continente Antártico, coloca a la corriente normativa del Sistema del Tratado Antártico como interesante modelo de regulación jurídica del hielo en todos los aspectos mencionados.

## EL HIELO COMO RECURSO NATURAL

La Antártida ha generado un gran interés en relación al aprovechamiento del hielo como recurso natural. Allí se encuentra aproximadamente el 70% del agua dulce de la Tierra y, en general, se concentra alrededor del 90% de todo el hielo terrestre y gran parte del hielo marino existente en el planeta.

Si bien tales porcentajes difieren levemente según la literatura especializada que se consulte, quizás debido a las dificultades para establecer un cálculo absoluto, es indiscutible la preeminencia de la Antártida como reservorio de agua dulce en forma de hielo.

Tanto es así, que más allá de la especulación puramente teórica existen antecedentes de proyectos dirigidos a remolcar icebergs hacia regiones con alto déficit de agua. Entre tales proyectos, tal vez el más difundido fue el impulsado por el Príncipe Mohammed Al-Faisal de Arabia Saudita, llegándose a crear en 1977 la empresa comercial Iceberg Transport International Ltd. con capitales saudíes y aporte científicotecnológico francés. Naturalmente, ésta y otras iniciativas no superaron la etapa de los estudios preliminares, siendo aún incierta la viabilidad de su implementación (2).

Altos costos, complejidad del transporte, aislamiento del iceberg, incertidumbre sobre la tecnología a aplicar para recoger el agua en el lugar de destino, dragados, posibles efectos mediambientales por el cambio brusco de temperatura a lo largo de la ruta del remolque, figuran entre los numerosos aspectos que disminuyeron las expectativas inmediatas del remolque de hielos.

No obstante, el alejamiento de la factibilidad operativa de la explotación, los Estados Miembros del Tratado Antártico mantuvieron vigente el tema a través de las agendas de sus Reuniones Consultivas

Si bien las cuestiones inherentes al uso del hielo antártico aparecen por primera vez en la agenda de la Reunión Consultiva de Canberra en 1983 (3), mereciendo un párrafo del Informe Final donde menciona la presentación de información técnica sobre posible utilización del recurso, abordar un análisis sobre la regulación jurídica del uso de hielo antártico

impone tomar como punto de referencia inicial el Acta Final de la IV Reunión Consultiva Especial del Tratado Antártico sobre Recursos Minerales Antárticos (Wellington, 1988).

La decisión expresa adoptada por las Partes Consultivas en aquella oportunidad, de no incluir al hielo dentro del concepto de "Recursos Minerales,, cuya prospección, exploración y explotación se pretendía regular a través de una Convención <sup>(4)</sup>, es de gran relevancia por cuanto ubica la figura jurídica del hielo fuera de lo que aparecería como su contexto natural y promueve, en consecuencia, un nuevo espacio normativo específico para la materia.

Si bien la definición de Recursos Minerales contenida en el texto de Wellington circunscribe el concepto a "todos los recursos naturales no renovables y no vivos incluyendo los combustibles fósiles, los minerales metalíferos y no metalíferos" <sup>(5)</sup>, y que tan restrictivo criterio desplaza claramente al hielo en su condición de recurso natural renovable, resulta difícil comprender que el principal recurso mineral de la Antártida quede excluido del instrumento que precisamente apuntaba a regular las actividades sobre recursos minerales en el área <sup>(6)</sup>.

Sin embargo, este criterio trascenderá aquella coyuntura de negociación y la letra misma del régimen minero antártico que, recordemos, no llega a entrar en vigencia al ceder frente a una fuerte tendencia medioambientalista que finalmente se reflejará en el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Madrid 1991), en cuyo artículo 7 define la pugna conservación del medio ambiente versus minería antártica prohibiendo cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, salvo las vinculadas a la actividad científica <sup>(7)</sup>.

En el Acta Final de la XI Reunión Consultiva Especial por la cual se adopta el mencionado Protocolo, se consolida la distinción entre recursos minerales e hielo en estos términos:

"La Reunión tomó nota que la explotación del hielo no era considerada una actividad relativa a los recursos minerales antárticos; se acordó, por tanto, que si la explotación de hielo llegara a resultar posible en el futuro, se entendía que serían aplicables las disposiciones del Protocolo, con excepción del artículo 7".

Así se cierra todo debate sobre los alcances de ambos conceptos a los efectos regulatorios. En otras palabras, dentro del sistema normativo del Tratado Antártico *el hielo no es un recurso mineral* y tanto uno como otro deben considerarse a través de normas específicas.

Al año siguiente de concluida la negociación del régimen minero y respondiendo al mandato allí establecido, la XV Reunión Consultiva del

Tratado Antártico (París, 1989) retoma aparentemente con fuerza el tratamiento de la cuestión relativa al uso del hielo antártico.

Esta vez a diferencia de anteriores oportunidades donde el tema sólo suscitaba un mero planteo informativo, se advierten tendencias mas firmes para comenzar un proceso regulatorio comprensivo que complete la línea normativa iniciada con los recursos minerales.

Dentro de ese contexto, Chile impulsa la incorporación del punto en la nutrida agenda de París, con un extenso documento informativo (8) donde destaca los antecedentes del tema y la responsabilidad de los países comprometidos con la Antártida para regular el uso del recurso. La misma delegación preparó un proyecto de recomendación que finalmente es adoptado con modificaciones como Recomendación XV-21.

Así se llega a la primera y única recomendación sobre usos del hielo que hasta la fecha produjo el Sistema del Tratado Antártico.

Dicha recomendación con cautela prepara el camino para la negociación planteando a grandes rasgos los diferentes elementos que en principio ésta involucra. Esto es, reconocimiento formal de la importancia de la Antártida como reserva mundial de agua dulce; las dificultades tecnológicas existentes para aprovechar el recurso que, de superarse, "tal vez un día permitan utilizar icebergs desprendidos del continente para satisfacer necesidades de agua dulce"; sus potenciales consecuencias sobre el medio ambiente antártico y el clima mundial y la necesidad de profundizar estudios de los problemas inherentes a la actividad, antes de iniciar una explotación a escala comercial. Otorga en ese sentido un rol protagónico al Comité Científico de Investigaciones Antárticas (S.C.A.R.), a la vez que pide la incorporación del tema en la agenda de la próxima Reunión Consultiva con el objeto de asegurar su continuidad.

Desde entonces, contrariamente al mandato de París, la cuestión relativa al uso del hielo no volvió a ser considerada por los Miembros del Tratado Antártico.

El contexto en que nace la única Recomendación que hasta la fecha tiene por objeto principal al hielo, tal vez nos explique su fracaso. La Reunión de París de 1989 es la línea divisoria entre las corrientes de intereses mas importantes y contrapuestos que registrara hasta entonces la vida del Sistema del Tratado Antártico. Es allí precisamente donde el régimen minero acordado un año atrás comenzaba a sucumbir frente a un nuevo concepto del uso de la Antártida condicionado a la protección del medioambiente. Sin dudas que la expresión "explotación comercial del hielo antártico" ya era incómoda en aquella coyuntura. De ahí que el principal recurso natural del Sexto Continente será signado por la misma suerte del régimen minero.

## EL HIELO Y LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

Debido a sus particulares características físicas, el hielo constituye un sensible blanco de impacto para la contaminación. Esto explica las múltiples referencias a su protección en diversos instrumentos jurídicos internacionales.

Si bien el Océano Austral que circunda la Antártida, principal área de acumulación de hielos del Planeta, quedó intencionalmente excluido de las negociaciones que concluirían con uno de los más ambiciosos esfuerzos de codificación del Derecho Internacional de este siglo, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (9); recoge un breve artículo bajo el título "Zonas cubiertas de hielo,, donde expresa el derecho de los Estados ribereños "a dictar y cumplir leyes y reglamentos no discriminatorios para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina causada por buques en las zonas cubiertas de hielo dentro de los límites de la zona económica exclusiva". (10).

Basta esta referencia para significar la relevancia de la relación medio ambiente-hielo cuya consecuencia según concluye el texto de la Ley del Mar, puede traducirse en "daños de importancia al equilibrio ecológico o alterarlo en forma irreversible,,".

El Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por Buques adoptado en 1973 y su Protocolo adicional de 1978, conocido bajo la sigla MARPOL 73/78, incluye a la Antártida dentro de los espacios considerados zonas especiales de protección. Sus anexos I, II y V sobre descarga de hidrocarburos, transporte de sustancias nocivas líquidas a granel y residuos sólidos respectivamente, tutelan a la Antártida en su carácter de zona especial frente a operaciones de transporte, descarga y vertimiento de sustancias contaminantes.

El texto del régimen minero antártico, sin embargo, no menciona específicamente al hielo salvo para referirse al área de aplicación de dicho instrumento. Podemos interpretar entonces, que la figura del hielo queda incluida en la expresión "medioambiente y ecosistemas dependientes asociados" cuando de protección se trata.

En cambio, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente contiene múltiples referencias al hielo. Así pues dentro de los principios medioambientales establece que las actividades realizadas en el área del Tratado Antártico deben evitar producir cambios significativos en el "medioambiente atmosférico, terrestre (incluyendo el acuático) glacial y marino". (11)

En su anexo referido a eliminación y tratamiento de residuos el Protocolo prohíbe los depósitos en el hielo marino, en plataformas de

hielo o en la capa de hielo terrestre de aguas residuales, residuos líquidos domésticos u otros líquidos no removidos de la Antártida (12). Sólo se permite el depósito de tales residuos líquidos en pozos profundos en el hielo, cuando la ubicación de las estaciones que los generan no admiten otra forma de eliminación.

Asimismo el anexo en cuestión no permite la introducción de ciertos productos prohibidos (pesticidas, tierra no estéril, PCV, etc.) en la tierra, plataformas de hielo o agua comprendidas en el área del Tratado Antártico.

El Anexo IV sobre prevención de la contaminación marina, siguiendo las normas del Anexo V de MARPOL 73/78 establece que los restos de comida una vez triturados o molidos podrán ser eliminados en el mar "tan lejos como sea posible de la tierra y de las plataformas de hielo y en ningún caso a menos de 12 millas náuticas de la tierra o de las plataformas de hielo más cercanas" (13).

Finalmente el más reciente anexo adoptado a partir de la firma del Protocolo medioambiental destinado a regular sobre áreas protegidas, determina que su identificación debe tomar en cuenta, entre otros ambientes especiales, "los ejemplos representativos de los principales ecosistemas terrestres, incluidos glaciares y acuáticos y marinos" (14).

## NAVEGACION EN AGUAS CUBIERTAS DE HIELO

El ya mencionado breve texto de la Ley del Mar sobre zonas cubiertas de hielo, cuyo aspecto medioambiental analizamos en el apartado anterior, incluye una clara referencia a los peligros para la navegación en dichas áreas y la consecuente responsabilidad de los Estados ribereños en reglamentar el tránsito de buques, "donde la especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia del hielo sobre esas zonas durante la mayor parte del año creen obstrucciones o peligros excepcionales para la navegación".

En el supuesto descrito se circunscribe la regulación a las aguas comprendidas dentro de los límites de la zona económica exclusiva, pero la situación se torna más compleja cuando se trata de garantizar la seguridad de la navegación en las zonas cubiertas de hielo fuera de la jurisdicción Estatal. Este último caso presenta un interesante desarrollo dentro del Sistema del Tratado Antártico para las aguas del Océano Austral que circunda el continente Antártico, con status jurídico de alta mar conforme lo establece el artículo VI del Tratado Antártico y afectadas por extensos campos de hielo que avanzan y retroceden según la época del año.

Aún hoy el medio marítimo continúa siendo el principal transporte para acceder al área del Tratado Antártico, razón por la cual es constante la presencia de buques navegando en aguas con hielo prácticamente durante todo el año. Al mismo tiempo, son frecuentes los casos de situaciones peligrosas, pérdidas y naufragios o buques atrapados en el hielo a través de largos períodos.

Atentos a tales registros las Partes Consultivas del Tratado Antártico resolvieron promover a través de la cooperación internacional y fluido intercambio de información, una mayor eficacia y seguridad de la navegación marítima en el Océano Austral.

A partir de la XIV Reunión Consultiva (Río de Janeiro, 1987) se incorpora permanentemente en las agendas de trabajo el punto "Servicios de Información Meteorológica Marina y sobre Hielo Marino en el Océano Austral". Básicamente se trata de minimizar riesgos mediante información meteorológica y sobre comportamiento del hielo marino, ofrecida a los navegantes en forma completa y oportuna.

Las recomendaciones adoptadas en este sentido coinciden en optimizar los estudios sobre el hielo marino, involucrando en la tarea a la Organización Meteorológica Mundial (OMM), el SCAR y la Comisión Oceanográfica Internacional (COI); aprovechar los avances del monitoreo por satélite de las condiciones meteorológicas y del hielo marino y del consiguiente mejoramiento de la calidad, factibilidad y contenido de sus evaluaciones y pronósticos, información con la cual -finalmente- se obtendría el óptimo trazado de las rutas de navegación en función de las condiciones meteorológicas marinas y del hielo en el mar.

Estos aspectos se complementan con el punto referido a la cooperación en la cartografía hidrográfica de las aguas antárticas que también ha sido contemplado en la corriente normativa del Tratado Antártico, tendiendo a mejorar y unificar las cartas náuticas. Entre los múltiples fundamentos que promueven la cooperación internacional en esta materia se menciona "que las condiciones del hielo marino pueden conducir al desvío de los buques con respecto a las rutas conocidas, lo que requiere una ampliación de los mapas para que abarquen las aguas contiguas a tales rutas" (15).

En el plano bilateral Argentina y Chile suscribieron en agosto de 1991 el Protocolo Específico Adicional sobre Protección del Medio Ambiente Antártico, en cuyo artículo VII referido a Preservación y Seguridad se acuerda intercambiar "información acerca de las medidas de seguridad aérea y marítima, incluyendo balizamiento, cartografía, información meteorológica y sobre hielos marinos", dentro de las pautas establecidas por las Partes Consultivas del Tratado Antártico.

Es significativo el aumento tanto en el número como en la dimensión de los buques que navegan en aguas con hielo como así también la presencia, no frecuente aunque muy posible debido a la incidencia del cambio climático global, de témpanos a la deriva en aguas abiertas tras desprenderse de las grandes barreras de hielo en las zonas polares.

Esto último ocurrió a fines de 1991, cuando a partir de un desprendimiento sin precedentes en el área del Mar de Weddell, grandes témpanos comenzaron a desplazarse hacia el norte de la Península Antártica detectándose siete témpanos a la deriva. El más importante denominado A-24 tenía una superficie inicial estimada en 4.374 kilómetros cuadrados, según información recibida de satélites meteorológicos, dicha superficie fue progresivamente disminuyendo como consecuencia de la degradación causada por temperaturas del aire y del agua de mar cada vez más cálidas.

El témpano gigante A-24 continuó su derrota ascendente moviéndose a la velocidad promedio de 11 kilómetros por día, llegando algunos de sus fragmentos a alcanzar meses más tarde una latitud en aguas abiertas del Océano Atlántico, coincidente con el norte de la República Oriental del Uruguay.

La Central Glaciológica del Servicio de Hidrografía Naval de la República Argentina estudió el desplazamiento de estos grandes témpanos a través del Mar de Weddell, Mar de Bellinshausen, Pasaje de Drake y Océano Atlántico, a la vez que advertía a los navegantes sobre la posición de los mismos sugiriendo evitar la aproximación con buques no aptos para operaciones polares.

Los riesgos que representa la presencia de témpanos a la deriva, quedan sintetizados en los siguientes párrafos contenidos en uno de los boletines informativos emitidos en esa oportunidad por el Servicio de Hidrografía Naval:

“La navegación en sus proximidades es muy peligrosa por la fragmentación de grandes trozos que incluso pueden girar sobre sí mismos produciendo un oleaje notable e imprevisto.

Existen partes de hielo sumergidas, llamados espolones, que permanecen unidos a esas verdaderas islas por cientos de metros, pudiendo al chocar contra el casco de un buque producirle serias averías.

El mayor peligro para la navegación está dado por la pequeña pero abundante fragmentación de hielo muy denso y duro, que del tamaño aproximado de una habitación, navega a flor de agua, siendo su visualización muy difícil durante el día y casi imposible durante la noche. Este tipo de hielo, llamado gruñones, rara vez son detectados por los radares de navegación.

Otra característica de estos pequeños hielos flotantes es que navegan en direcciones y velocidades muy distintas al témpano, ampliando el área de peligrosidad a más de cien millas de radio de las posiciones de los témpanos". (16)

Tales antecedentes nos permite concluir que es legítima la preocupación normativa referida a la seguridad de la navegación en aguas con presencia de hielo, comprometiendo a los sistemas legislativos internos de aquellos países en cuyas aguas jurisdiccionales se presentan estas características y al Derecho Internacional otorgando marco jurídico a la cooperación y consulta entre los Estados ribereños vecinos, o bien, a través de los organismos o sistemas internacionales con competencia para legislar en zonas cubiertas de hielo fuera de la jurisdicción Estatal.

## REFERENCIA AL HIELO, EN EL ÁREA DE APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Al definirse el área de aplicación del Tratado Antártico se hace referencia expresa "a la región situada al Sur de los 60° de Latitud Sur, incluidas todas las barreras de hielo" (17), asimilando de esta forma el status jurídico de la barrera de hielo al de la tierra firme.

Este criterio se aplicó a las Medidas Convenidas para la Protección de la Fauna y de la Flora en Antártida, hoy convertidas en Anexo II del Protocolo medioambiental. También se repite en el texto no vigente de la Convención para la Reglamentación de las actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, aunque con un criterio más amplio al referirse al continente antártico y "todas las islas antárticas, incluyendo todas las barreras de hielo al Sur de los 60° de Latitud Sur, y el lecho del mar y el subsuelo de áreas marinas adyacentes costa afuera hasta el fondo oceánico profundo" (18).

La situación se modifica en parte en el caso de la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas, la cual define su área de aplicación como el "mar al sur de los 60° de Latitud Sur", con lo cual se pretende extender la protección de las focas más allá de las costas antárticas y las barreras de hielo. Esto se explica en razón de que la foca cangrejera (*lobodon carcinophagus*) habita en el hielo marino a la deriva (19).

En la reciente negociación del Protocolo de Madrid, si bien se adoptó el criterio de coincidir su área de aplicación con el Artículo VI del Tratado Antártico, existieron corrientes de opinión tendientes a llevar el área de aplicación del nuevo instrumento hasta la convergencia antártica tal

como la define la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (Canberra 1982).

Esta posición, que finalmente no prosperó, consideraba que un régimen de protección ambiental efectivo no debe someterse a límites convencionales muy rígidos debido a la movilidad de los factores a controlar tales como corrientes marinas, vientos, migración de especies e hielos. (20)

## NOTAS

- (1) Palazzi, R. O. "Antártida y Archipiélagos Subantárticos", tomo I, pág. 296 Escuela Superior de Guerra Aérea. Buenos Aires, 1987.
- (2) Naciones Unidas. Documento A/39/583 (Part I), pág. 107. 31/10/84. "Cuestión de la Antártida".
- (3) XII Reunión Consultiva del Tratado Antártico.
- (4) Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, Wellington, 1988.
- (5) Artículo 1. (6)
- (6) La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, al regular las actividades mineras en la zona internacional de los fondos marinos, en el artículo 133 define los recursos como minerales sólidos, líquidos o gaseosos allí concentrados, incluidos los nódulos polimetálicos. Tales recursos concluye el artículo citado, una vez extraídos de la zona se denominarán "minerales". Este novedoso criterio aplicado en la Ley del Mar a diferencia del régimen minero antártico asimila bajo la misma figura jurídica los recursos minerales renovables y no renovables.
- (7) Molinari, A. E. "Antártida al iniciarse la década de 1990", pág. 223. CARI Ediciones Manantial, 1992.
- (8) Documento XV ATCM INE/22 "Uso del Hielo Antártico". París, 1989.
- (9) Miller, S. "The Impact of UNCLOS III on the Antarctic Regime". Antarctic Challenge. Berlín, 1983.
- (10) Artículo 234.
- (11) Artículo 3, párrafo 2 (iii).
- (12) Protocolo al Tratado Antártico, Anexo III, artículo 4.
- (13) Protocolo al Tratado Antártico, Anexo IV, artículo 5.
- (14) Protocolo al Tratado Antártico, Anexo V, artículo 3. (b).
- (15) Recomendación XV-19.
- (16) Servicio de Hidrografía Naval (Armada Argentina) Boletín Informativo N° 2. Buenos Aires 7/1/1992.
- (17) Tratado Antártico, artículo VI.
- (18) Artículo 5, "Area de Aplicación".
- (19) Genest, E. A. "La Convención para la Conservación de las Focas Antárticas y el Sistema del Tratado Antártico". Contribución N° 21, Instituto Antártico Argentino, 1992.
- (20) Molinari, A. E., op. cit., p. 226.

# LA CAUTIO MUCIANA

por EDMUNDO J. CARBONE

## I. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA INSTITUCION

La mayoría de los manuales y textos escolares de derecho romano casi ninguna atención le prestan a la *cautio Muciana*, al extremo que algunos ni siquiera la nombran; en disculpa de estos vaya que tampoco resultan mencionadas en las Instituciones de Gayo ni en las de Justiniano. Los pocos autores que se ocupan de ella se limitan a señalar que debía prestarla aquel legatario a quien se le había dejado un legado supeditado a una condición potestativa negativa: se trata, por tanto, de una condición cuyo cumplimiento recién podría comprobarse a la muerte del legatario, por lo que en su vida, al no haberse cumplido la condición —ya que mientras viviera podía ejecutar el hecho contrario— no podía hacerse efectivo el legado. Ejemplo clásico de este tipo de condiciones es la que establece *si in Capitolium non ascenderit* ya que en tanto el legatario esté vivo podrá ascender al Capitolio: hay que aguardar su muerte para cerciorarse que no lo subió, o sea, que la condición se cumplió.

Parece que subordinar un legado a una condición de tal índole, sin límites en el tiempo, demostraría que la intención del causante era impedir la adquisición del legado por parte del legatario, ya que la condición podía considerarse como cumplida solamente a su muerte y en consecuencia la disposición tampoco pasaba a los herederos del legatario, desde que en su vida el legado no se incorporó a su patrimonio. Todo esto parecería ser una burla sarcástica del testador, tal como las que se frecuentan en ciertas novelas policiales; pero pese a esta apariencia de sinrazón, los legados sujetos a una condición potestativa negativa tuvieron sus importantes motivos para que fueran establecidos de esta manera.

Era frecuente que el causante legara a su viuda —dado que ella no

lo heredaba— el usufructo de todos sus bienes <sup>(1)</sup> y para el no deseado supuesto que ésta contrajera nuevas nupcias y de este modo el nuevo marido disfrutara de estos bienes, el testador solía escribir como condición para la adquisición de tal legado que su viuda no volviera a casarse: *si non nupserit*. Este es el origen histórico y la finalidad de los legados subordinados a una condición potestativa negativa <sup>(2)</sup>: la cierta voluntad del causante de beneficiar a su viuda pero sin que sus bienes pudieran ser disfrutados por otro varón. Posteriormente, tal vez en el siglo siguiente a la invención de la caución, esta condición se extendió a otra clase de legados destinados a otras personas que no fueran la consorte del *de cuius*. Con las leyes matrimoniales de Augusto, la condición que la viuda no reincidiera en el matrimonio pasó a ser una condición inmoral desde que se oponía a las segundas y subsiguientes nupcias, contrariando así las intenciones casamenteras del instaurador del principado, por lo que en estos casos se la tenía por no escrita. Pero estas condiciones potestativas negativas subsistieron para todos aquellos otros legados que nada tuvieron que ver con las viudas y sus subsiguientes matrimonios. <sup>(3)</sup>

Como el legatario no podía hacerse del legado en vida, se conseguía un resultado contrario a la voluntad del causante, cuya intención no era la de hacer un acto de disposición vano y que también quería que el beneficiario no llevara a cabo el hecho prohibido en la condición. Para superar esta situación, el jurisprudente Q. Mucio Escévola admitió que el legatario pueda adquirir el legado prestando una cautio, que pasó a llamarse Muciana por el nombre de su inventor. Esta caución contenía el compromiso del legatario de restituir cuanto hubiera recibido en el caso que cumpliera el hecho vedado por el testador, esto es, el incumplimiento de la condición. El texto de Ulpiano que sobre esta caución recoge el *Digesto* dice:

*Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta "si in Capitolium non ascenderit", "si Stichum non manumiserit" et in similibus; et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est [Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.]* (D 35, 1, 7 pr.). La utilidad de la caución Muciana tiene lugar en aquellas condiciones que están concebidas para no hacer, como por ejemplo "si no subiera al Capitolio", "si no manunitiera a Sticos"

(1) Sirva de ejemplo *pro Caecina*, 4, 11.

(2) Cfr. VALIÑO, *Instituciones de derecho romano privado*, Valencia, 1976, pp. 383/384; Kaser, *Derecho romano privado*, Madrid, 1965, § 10, p. 58.

(3) VALIÑO, *loc. cit.*; d'Ors, *Derecho Romano Privado*, Pamplona, 1983, § 382, p. 353.

y similares; y así les pareció a Aristón, Neracio y Juliano; cuya opinión fue confirmada por una constitución del divino Pío. [No solamente contiene a los legados, sino que también ha sido admitida como verdadero remedio en las herencias].

Por su parte, en sus comentarios al edicto provincial, también se expide al respecto Gayo, en estos términos:

*Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautio, ad quem iure civile deficiente condicione hoc legatum, [ave bereditas] (D 35, 1, 18).* Aquel a quien se le deje alguna cosa bajo condición de no hacer, debe asegurar con la caución Muciana a aquel a quien faltando la condición, por derecho civil puede pertenecer este legado [o esta herencia]. Sobre las frases que aparecen entre corchetes en los dos textos transcriptos se volverá más adelante (IV).

Este expediente introducido por Q. Mucio Escévola para que la voluntad del testador se cumpliera cabalmente recibió el calificativo de genial de parte de Biondi (4). De este jurisprudente republicano, proveniente de la *nobilitas* plebeya, el más antiguo de los que aparecen transcriptos en el *Digesto*, dijo Pomponio “que fue el primero que ordenó el derecho civil, recopilándolo en diez y ocho libros” (D 1, 2, 2, § 41). Tal orden fue herencias, personas, cosas y obligaciones, dando origen a los comentarios *ad Q. Mucium*. Agrega Pomponio (§ 42) que hizo escuela, siendo sus más destacados discípulos Aquilio Galo (el de la *actio* y *exceptio doli*), Balbo Lucilio, Sexto Papirio y Cayo Juvencio. Este Q. Mucio Escévola fue pontífice máximo, cónsul en el 95 AC y en el 93 AC disputó con el orador Licinio Craso en la causa Curiana; murió en el 82 AC.

## II. CASOS DE IMPROCEDENCIA

El fin propio de la *cautio Muciana* fue el cabal respeto de las dos vertientes de la voluntad del causante, quien tanto quiso hacer la liberalidad como impedir el cumplimiento de un hecho determinado. Por tal razón se niega la procedencia de esta caución cuando bajo la apariencia de una condición potestativa negativa no se quiere realmente la liberalidad, la que en realidad es más presunta que cierta. Tal el caso que plantea Pomponio:

*Scio, quosdam efficere volentes, ne sermi numquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: “Stichus, quum morietur, liber esto”; sed et Iulianus ait, libertatem, quae in ultimum vitae tempus*

(4) *Succesione testamentaria-Donazioni*, Milano, 1943, §200, p.545

*conferatur, nullius momenti esse, quum testator impediendae magis, quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intelligitur. Et ideo etiam, si ita sit scriptum: "Stichus, si in Capitolium non ascenderit, libert esto", nullius momenti hoc esse, si apparet, in ultimae vitae tempus conferri libertatem testatorem voluisse, nec Mucianae cautioni locum esse.* (D 40, 4, 61). Sé de algunos, queriendo que sus esclavos no alcanzaran nunca la libertad, acostumbraron a escribir:

"sea libre Stico cuando muriese"; pero Juliano dice que la libertad que se confiere para el último momento de la vida lo es para ningún momento, porque se entiende que el testador escribió esto más bien para impedir la libertad para darla. También, si se hubiera escrito "sea Stico libre si no asciende al Capitolio" esto es de ningún valor si resulta que el testador quiso que se le confiriera la libertad en el último instante de la vida, ni ha lugar a la caución Muciana.

Otra situación en el que la caución resultaba improcedente surge del caso que presenta Salvio Juliano:

*Hoc genus legati: "si Titio non nupserit", perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisfactione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo nihilo minus legatum consequitur.* (D 35, 1, 106). Este género de legados: "si no se hubiera casado con Ticio", debe ser tenido lo mismo que si se hubiese hecho para después de la muerte de Ticio, y por tanto ni aun interpuesta la caución Muciana puede adquirir el legado; y ni casándose con otro consigue el legado. Ello por cuanto hay que esperar la muerte de Ticio —y no la de la legataria— para que la condición se verifique, ya que aun cuando éste se casara con otra, no se adquiere el legado, dado que la posibilidad de casarse con la legataria todavía subsiste en este caso.

Papiniano presenta una situación relativa a un fideicomiso en la que también niega la procedencia de la caución:

*Socrus norui fideicommissum ita reliquerat: "si cum filio meo in matrimonio preveraverit"; divortio sine culpa viri post mortem socrus facto defecisse condicionem respondi, nec ante diem fideicommissi cedere, quum mori coeperit nupta, vel maritus, et ideo nec Mucianam cautionem locum habere, quia morte viri condicio possit existere.* (D 35, 1, 101, § 3). Una suegra había dejado a su nuera un fideicomiso así: "si perseverara en el matrimonio con mi hijo"; habiéndose producido el divorcio sin culpa del hijo después de la muerte de la suegra, respondí que faltó la condición y que el plazo del fideicomiso no corre antes que la mujer casada comience a morir, o el marido y tampoco tiene lugar la caución Muciana, porque con la muerte del hijo podía cumplirse la condición.

El mismo jurisconsulto proporciona un ejemplo en el que se niega

la caución no porque no se trate de un legado sujeto a condición potestativa negativa, sino invocando razones morales; dice así:

*Quam talem legatum esse relictum: "Titiae, si a liberis non discesserit", negaverunt, eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati condicio possit existere; sed displicuit sententia, non enim voto matris oponi tam ominosa non interponendae cautionis interpretatio debuit.* (D 235, 1, 72, pr.). Habiéndose dejado este legado: "a Ticia, si no se separara de sus hijos", negaron con razón que ella no prestaba la caución, porque con la muerte de sus hijos podía cumplirse la caución del legado; pero esta opinión desagradó, porque no se debió oponer al deseo de la madre una interpretación de tan mal presagio para que no interponga la caución.

Como se trata de un remedio excepcional, no se lo admite cuando el legado puede ser diferido por otra condición; así lo sostiene Papiniano:

*Muciana cautio locum non habet, si per aliam condicionem actio legati differri possit.* (D 35, 1, 77, § 1). La caución Muciana no tiene lugar si por otra condición se puede diferir el legado.

Hay un caso (D 35, 1, 67) en que sí se admite la caución Muciana para la condición *si servum non manumiserit*, pese a que con la muerte del esclavo aun en vida del legatario la condición se verificaba: ello por cuando la prestación de la cautio evitaba el peligro de que el legatario para hacerse del legado hiciese cumplir la condición matando el esclavo. (5)

### III. EFECTOS DE LA CAUCION MUCIANA

Corresponde ahora determinar a quien se le debía prestar la caución. Conforme lo enseña Gayo es a aquel que faltando la condición por derecho civil le pertenecía de la cosa legada: así se desprende de D 35, 1, 18, arriba transcripto (I).

La *cautio Muciana* se prestaba mediante una *stipulatio*, que era el modo normal de obligarse en el derecho clásico. En D 35, 1, 67 se habla de *satisdedit* y en D 35, 1, 106, de *satisdatio*, ya que en definitiva viene a ser esta última un sinónimo de *cautio*. La caución iba acompañada de garantías personales (6), como ser la presencia de coestipulantes o de *fidepromissores*. Valiño (7) afirma que la caución Muciana se había de

(5) Cfr. BIONDI, *op cit.*, p. 546, n. 1.

(6) BIONDI, *loc cit.*

prestar mediante estipulaciones pretorianas, pero no aporta fundamento alguno que avale su aserto. En todo caso, tal sería el modo de prestación de la cautio si el caso había sido llevado ante el magistrado, de otro modo no hay razón alguna que así lo haga presumir.

Una vez prestada la caución —que equivale al cumplimiento de la condición— el legatario se hace del legado. Pero puede llegar a ejecutar aquel hecho vedado por el testador, en cuyo caso, tal como lo enseña Papiniano, debía restituir el legado junto con los frutos percibidos:

*Qui Muciana cautionem alicuis non faciendi causa interposuit, si postea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio promitti necesse est, restituere debet.* (D 31, 76, 7). El que prestó la caución Muciana por causa de no hacer algo, si después lo hiciera, debe restituir también los frutos de los legados, lo que es necesario que se prometa al principio.

El mismo autor se expide en términos similares:

*Qui post Muciana cautionem imeerpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione comissa etiam fructus heredi restituet; hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur.* (D 35, 1, 79, § 2). Quien adquirió un legado después de haber prestado la caución Muciana, si obró contra la caución, habiendo hecho la estipulación restituirá los frutos al heredero; porque a esto se obligó el legatario desde el principio.

Un caso peculiar presenta Javoleno, que ratifica la doctrina de Papiniano sobre la restitución. En efecto:

*Quum sub hac condicione fundus alicui legatus esset: "si servum non manimiserit", et si manumiserit, legatum fundi ad Maevium translatum esset, legatarius de non liberando satisdedit, et legatum accepit, et postea liberavit; quaero, an aliquid Maevio detur. Respondit, si cui ita legatum erit: "si servum non manuserit", satisfactione interposita accipere ab herede legatum poterit; et si postea serrum manimiserit, comissa stipulatione, heredi vel fundum, vel quanti ea res est, restituet; eoque casu heres ei, cui ex sequenti condicione legatum debuerit, restituet.* (D 35, 1, 67). Habiéndose legado a alguien un fundo bajo esta condición: "si no manumitiera a un esclavo", y habiéndose transferido a Mevio el legado de un fundo, si lo manumitiera, el legatario prestó caución de no liberarlo, recibió el legado y después lo manumitió, pregunto si se le dará algo a Mevio. Respondió, que si a alguien se le hubiera legado así: "si no manumitiera a un esclavo", habiendo prestado caución, podrá recibir del heredero el legado; y si después manumitiera al esclavo, violando la

(7) *Loc. cit.*

estipulación, le restituirá al heredero el fundo o lo que éste vale; y en este caso el heredero restituirá el legado a quien lo debiera por la condición siguiente.

#### IV.- SU EXTENSION A LAS HERENCIAS

Se impone ahora tratar acerca de aquellas palabras puestas entre corchetes en las transcripciones de D 35, 1, 7, pr. y 35, 1, 18, hechas arriba (I) y de algunos otros pasajes del *Digesto*. Ello por cuanto estos textos, al igual que algunos otros, extienden los efectos de la *cautio Muciana* a la herencia, en cuya virtud un heredero instituido bajo condición potestativa negativa lograba tal posición prestando la referida caución. Desde hace casi un siglo Scialoja<sup>(8)</sup> demostró que se trata de ideas provenientes del derecho postclásico, seguramente inspiradas en el favor testamenti tan caro a Justiniano y que los textos pertinentes del *Digesto* que hacen extensiva la caución muciana a la institución de herederos hecha bajo condición potestativa negativa, resultan interpolados.

Esta opinión ha sido seguida por una inmensa mayoría de romanistas<sup>(9)</sup>. Sin embargo, a mediados del corriente siglo, se levantó en contra una importante voz: se trata de la de biondo biondi, primero en su trabajo "*Succezione testamentaria - Donazioni*", citado en la nota 4, tesis reiterada y profundizada pocos años después<sup>(10)</sup>. Sostiene quien fuera prestigioso catedrático del *Sacro Cuore* de Milán, que este instituto tuvo lo que se considera normal en el desarrollo del derecho romano, esto es, que nació para un caso especial —el legado de usufructo a las viudas, tal vez *per damnationem*— y que en tiempos de Salvio Juliano aparece generalizado a todo tipo de legados. Agrega que concluyó la evolución con la extensión de la caución a la herencia, cuya clasicidad defiende, negando que los textos dubitados por Scialoja sean interpolados y fundando tal conclusión en una peculiar interpretación de la *Novela 22*.

(8) *Sulla cautio Muciana applicata all'hereditá*, BIDR, II, pp. 265 y ss.

(9) Cfr. entre otros: ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, 1973, pp. 101/102; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano privato*, Roma, 1980, p. 756; BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1965, § 207, n. 1, p. 619; KASER, *loc. cit.*; IGLESIAS, *Derecho romano, Barcelona*, 1972, § 44, p. 176; d'Ors, *loc. cit.*

(10) *Intorno alla cautio Muciana applicata all'hereditá*, BIDR, IL-L, pp. 241 y ss.

Si bien los denodados esfuerzos de Biondi para demostrar que la extensión de la caución Muciana a las herencias se remontaba al derecho clásico resultan encomiables, no llegan a conmover la doctrina sustentada por la mayoría que admite las conclusiones de Scialoja. No obstante, entre sus argumentos aparecen muchas opiniones rescatables que es necesario considerar para un acabado desarrollo del tema en estudio. Al respecto cabe señalar que quienes niegan la clasicidad de la extensión de la *cautio* a las herencias aducen que disponiendo el heredero instituido de la *bonorum possessio pendente condicione*, la caución resultaba superflua. Pero Biondi demuestra que no es así, desde que el efecto de la *cautio Muciana* era diferente del de la *bonorum possessio*: por cuanto, la primera importaba el cumplimiento de la condición y el heredero instituido deviene tal con todas sus consecuencias; en cambio, el *bonorum possessor* nunca llegará a ser heredero, se hará solamente dueño de la *hereditas* con el paso del tiempo. No obstante ello, el mismo autor sostiene que una no excluye la otra y que en realidad podrían resultar concurrentes, lo que no parece ser una postura congruente.

En defensa de su tesis acerca de la clasicidad de la extensión de la caución, Biondi acude a un texto de Ulpiano de incuestionada genuinidad, que dice:

*Idem Iulianus scribit eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere condicionem; ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili condicione heredem institutum videri; quae sententia vera est.* (D 28, 7, 4, § 1). Escribe el mismo Juliano que quien fue instituido heredero así, si no enajenara un esclavo de la herencia, dando caución al coheredero cumple la condición; pero si hubiera sido instituido único heredero, se lo considera instituido bajo una condición posible; la cual opinión es verdadera.

Tanto este autor como aquellos a quienes contradice admiten que esta caución no es la Muciana y ello por cuanto no se trata de una condición potestativa negativa, desde que antes de ser heredero mal puede enajenar un siervo hereditario, salvo que éste muera, en cuyo no hace falta esperar la muerte del instituido para tener por cumplida la condición. Tal es así que si se trata de heredero único, el mismo texto dice que se está frente a una condición imposible. Y aduce Biondi que como se pueden vender cosas ajenas sería posible que el heredero enajenara al siervo hereditario, lo cual no es exacto, desde que la compra-venta no tiene como efecto la transmisión del dominio —enajenación— sino la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida. Por lo tanto, es está en presencia de una caución tal vez modelada sobre la Muciana pero para aquellos casos de otras condiciones que no sean potestativas

negativas. Lo que no prueba la extensión de aquella a las instituciones de heredero bajo condición potestativa negativa.

Otro texto con el que intenta Biondi probar la clasicidad de la extensión de la caución Muciana a la herencia, en el siguiente pasaje de Ulpiano:

*Unde si uxor maritum suum, cui dote promiserat, ita heredem scripserit ex parte: "si dotem, quam ed promissi, neque petierit, neque exegerit", denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto facere dotem, vel cavere, et ita adire posse hereditatem. Sed si ex asse sit institutus maritus sub ea condicione, quoniam non est, cui caveat, non impediri eum quominus adet hereditatem; nam iure esse videtur impleta condicio eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem.* (D 35, 1, 7, § 1). Por lo que si la mujer hubiera instituido heredero por parte a su marido, "si la dote que le prometí no la pidiera ni la exigiera", puede denunciarle al coheredero que está dispuesto a dar por recibida la dote, o a dar caución, y así puede adir la herencia. Pero si el marido hubiera sido instituido heredero universal bajo esa condición, como no hay a quien prestarle la caución, no se le impide adir la herencia; porque de derecho se considera cumplida la condición y ello porque no hay a quien demandar la dote una vez que adquirió la herencia.

Las frases subrayadas son consideradas interpoladas y tal resulta casi obvio, ya que la verdadera razón de adquirir la herencia es que no hay a quien demandarle la dote, por lo que la prestación de una caución nada tiene ver con ello y resulta superflua. Y si le dice al coheredero que va a dar por recibida la dote, ¿cuál sería la razón para prestar luego la caución? Y si alguna duda pudiera sobrevivir acerca de estas interpolaciones, basta con comparar el pasaje transcrito con uno paralelo de Labeón:

*Mullier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat: si eam pecundiam, quas doti promisisset, neque exigisset, puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus, per se non stare, quominus acceptum faceret id, quod ex dote sibi deberetur, statis cum heredem futurum. Quodsi solus heres institutus esset in tali condicione, nihilominus puto, statim eum heredem futurum, quia asyatos condicio pro non scripta accipienda est.* (D 28, 7, 20, pr.). Una mujer, que debía a su marido la suma prometida, como dote, instituyó heredero a su marido si no exigiera la suma prometida en dote, pienso que si el marido hubiera hecho saber a los demás herederos que él consentiría que se diese por recibido lo que se le debiera por dote, será heredero de inmediato. Pero si con tal condición hubiera sido instituido único heredero, pienso no menos que será inmediatamente heredero, ya que la condición imposible ha de ser tenida por no escrita.

Como se puede advertir, en este texto casi paralelo al anterior, la caución no aparece para nada, lo que robustece la conclusión de tener por interpolado el anterior pasaje de Ulpiano. Esta diferencia entre ambos textos se explica si se tiene en cuenta que el primero integra la *pars Sabiniana* y el segundo la *pars appendix*, conforme la teoría de Bluhme relativa a la redacción del Digesto.

En los pasajes de D 35, 1, 7, pr. y 35, 1, 18, más arriba transcritos (I), se pusieron entre corchetes las frases *Nec solum in legatis placuit, rerum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est*. No solamente conviene para los legados, sino que también para las herencias se admitió el mismo remedio y *eave hereditas* o esta herencia, respectivamente, desde que se trata de textos evidentemente interpolados, ya que aparecen colgados y añadidos a uno anterior. Incluso en el fragmento 18, *eave hereditas* no concuerda gramaticalmente con la anterior frase *aliquid relictum*.

No se trata de caer en la hipercrítica, pero la romanística ha admitido generalmente la falta de genuinidad de estos fragmentos, que son precisamente los que trae Biondi en defensa de la clasicidad de la extensión de la *cautio Muciana* a las herencias. Por el contrario, en el ya meneado texto de D 35, 1, 7, pr., Ulpiano acude a la autoridad de tres juristas clásicos —Aristón, Neracio y Juliano— y a la del emperador Antonino Pío para justificar la vigencia en ese entonces de la *cautio Muciana* no para las herencias sino para la generalidad de los legados sujetos a tal condición. Por lo que mal podía en ese entonces tener la caución la extensión que le atribuye Biondi.

Resta tratar las consideraciones de Biondi relativas a la *Novela 22*, 44, 9, la que sí se refiere a la extensión de la caución Muciana a aquellas herencias subordinadas a una condición potestativa negativa y que en su opinión no está redactada en el tono autoritario que empleaba el emperador en ocasiones de introducir novedades, de lo que deduce que se trataba de una cuestión conocida de mucho antes. El texto referido dice:

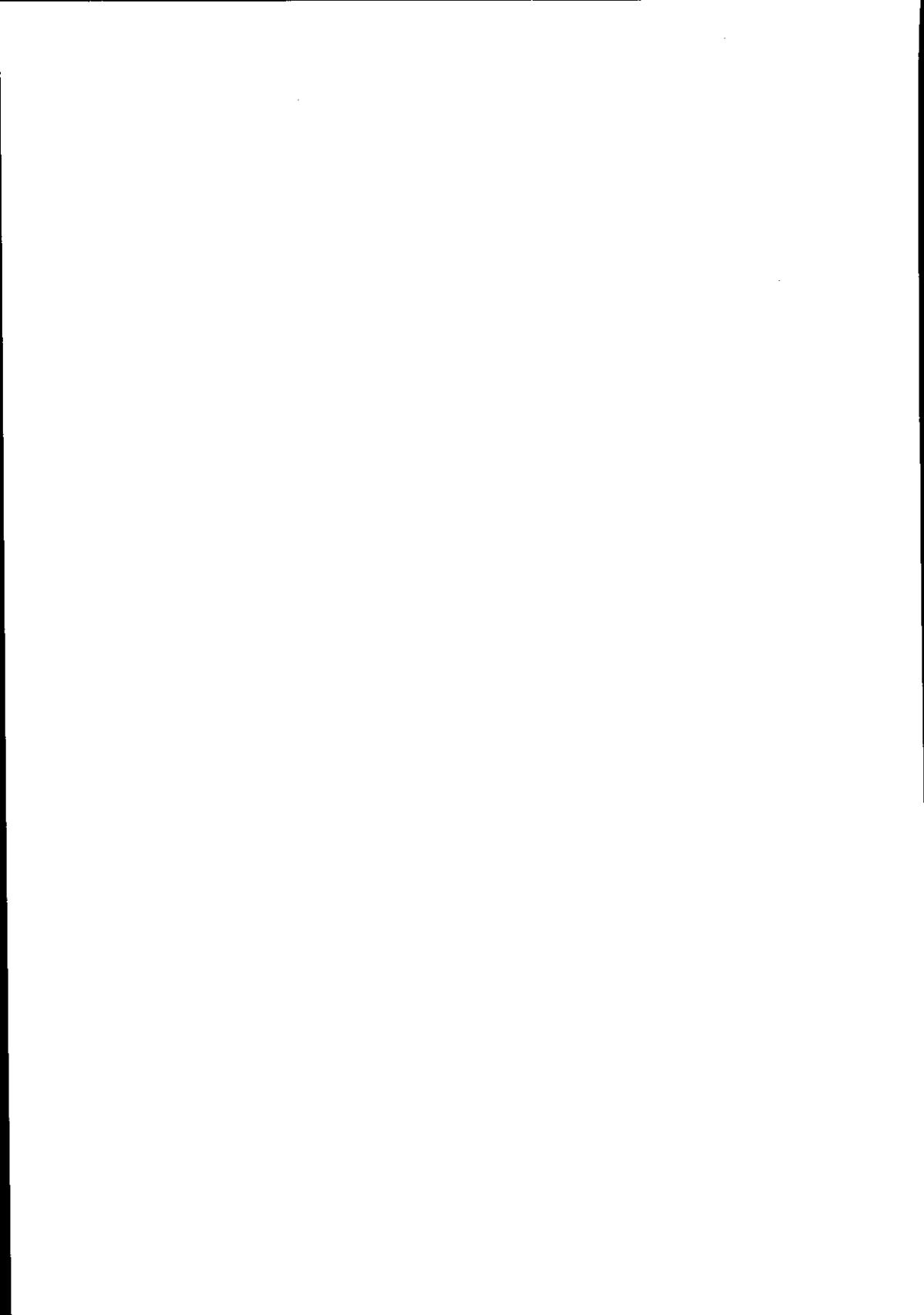
*Praefactae autem a nobis obserationes dentur, sire institutionis sit pars aut Segatum, beredibus, aut substitutis, auto illis, a quibus haec relicta sunt; sed si quidem mortis causa donatio, omnino heredibus. Si vero ex asse secundum talem condicionem conscribatur quis heres, substitutis, si fuerint, aut omnino iis, qui ab intestato rocantur ad hereditatem, huismodi obserationes praestentur, ut undique lex habeat propriam perfectionem, nisi forte testator et hoc praecipiat, disens lisentias habere eum, cui dereliquit sive per insttutionem particularem, sive ex asse, aut per legatum vel fideicomissus, sive per mortis causa donatio-*

*nem, et accipere quod relictum est, et nullam cautelam dare; tunc enis sequenda est defuncti voluntas. Studii enim nostri est, defunctorum conservare legem voluntates.*

Pero las cauciones dichas antes por nosotros préstense, ya sea si hay una institución parcial o un legado, a los herederos, a los sustitutos o a aquellos a cuyo cargo se dejaron esas cosas; pero si hubiera donación por causa de muerte, de ningún modo a los herederos. Pero si alguien fuera instituido heredero universal bajo tal condición, préstense las cauciones a los sustitutos, o en todo caso a quienes son llamados ab intestato, a fin que la ley tenga en todas sus partes su propia perfección; a no ser quizá que el testador también disponga sobre esto, diciendo que tenga licencia aquel a quien dejó algo, ya por institución total o parcial, ya por legado o fideicomiso, la por donación por causa de muerte, para recibir lo que se le dejó sin dar ninguna caución porque entonces se ha de seguir la voluntad del difunto. Porque es nuestro empeño conservar la voluntad de los difuntos que se ajustan a la ley.

Sostiene Biondi que esta constitución no tiene visos de introducir novedades en el tema, y en parte lleva razón. Ello por cuanto las novedades —la extensión de la *cautio Muciana* a la institución de herederos supeditada a una condición potestativa negativa— ya se habían incorporado tres años antes mediante las susodichas interpolaciones que se señalaron en el *Digesto*. La *Novela 22*, posterior al *Digesto*, datada el 16 de marzo de 536, viene a resolver cuestiones que habían quedado sin solución en las reformas introducidas por los compiladores en los textos interpolados antes referidos, estableciendo con mayor precisión a quienes se debía prestar la caución en distintos supuestos.

Por lo que se puede concluir con toda certeza que la extensión de la *cautio Muciana* a las herencias resulta ajena al derecho clásico, contrariamente a la ardua defensa que de su clasicidad hace Biondi. De todos modos, se trata de una muestra de la gran vitalidad del derecho romano en el largo decurso de su primera vida, lo que ha puesto a este derecho en el lugar preponderante que ocupa.



## ¿INTEGRACIÓN JURÍDICA O AUTONOMÍA DEL DERECHO MILITAR?

Los operadores jurídico-castrenses y la sanción del código penal ordinario (ley 11.179), durante la primera presidencia de Hipólito Yrigoyen.

por EZEQUIEL ABÁSULO (\*)

### INTRODUCCIÓN

1. Respondiendo a los lineamientos de la historia del derecho <sup>(1)</sup>, este trabajo pretende mostrar un momento en el proceso formativo del pensamiento jurídico-castrense nacional. Para atender a este objetivo, resultó necesario aproximarse a un tipo de mentalidad jurídica bastante peculiar, fruto del entrecruzamiento de valoraciones y experiencias provenientes de campos tan dispares como el foro y la milicia. Tales son las circunstancias que explican la necesaria provisionalidad de unas indagaciones que, más que agotar el tema, pretenden iniciar el camino de otros nuevos estudios.

En otro orden de cosas, cabe aclarar que la principal fuente que alimenta esta investigación es un expediente inédito —conservado en el Archivo General del Ejército <sup>(2)</sup>—, documentación que reviste una notable importancia a la hora de intentar dar una explicación de la trayec-

(\*) Trabajo presentado en el IX Congreso Nacional y Regional organizado por la Academia Nacional de la Historia, Rosario, 26 al 28/9/96.

(1) Para una teoría de la historia de derecho en la Argentina, véanse: EDUARDO MARTIRÉ, *Consideraciones metodológicas sobre la historia del derecho*, Buenos Aires, 1977; RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, "Apuntes para una teoría de la historia del derecho", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 24 (1978); JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, "Algunos problemas de la historiografía jurídica actual", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 8 (1988).

(2) Archivo General del Ejército (AGE), División Registro y Clasificación, expediente 45.468, caratulado del siguiente modo: "Ministerio de Guerra. Dispone se prepare un decreto sobre revisión de sentencias encuadrando las que actualmente se cumplen, en las disposiciones del Nuevo Código Penal".

toria del derecho penal militar nacional. En este sentido, no dudamos en afirmar que, aún cuando la polémica estudiada careció de repercusión entre los juristas patrios —a manera de ejemplo, puede recordarse que en la obra éditada de uno de los actores del debate, Carlos Risso Domínguez, esta polémica ni siquiera se registra—, que el análisis de esta discusión interesa tanto al iushistoriador, a quien le permite descubrir algunos valiosos lineamientos del derecho penal militar de la década del 20, como al estudioso de la historia general, quien, gracias a ella, cuenta con nuevos elementos que le permiten indagar en el comportamiento autónomo de las instituciones armadas y en la actitud de éstas para con el mundo civil.

## El derecho de unas nuevas Fuerzas Armadas

2. Durante los tres primeros lustros del siglo XX, tanto el ejército como la armada se beneficiaron con un profundo proceso de transformaciones. En lo relativo a la primera de las fuerzas, los cambios fueron tan notables que afectaron a todas las áreas. Vale decir, pues, que el clima de renovación incidió en la organización castrense, en la calidad y cantidad de los miembros del ejército y también en lo que se refiere a armamentos (3). Bajo la dirección de destacados jefes, como Pablo Ricciheri, el Ministerio de Guerra insistió en la formación profesional del militar argentino, tendencia que, sin duda, contribuyó a generar en los cuadros castrenses la conciencia de su propia singularidad (4). Este tipo de medidas, oportuno es señalarlo, no sólo tenían por objeto perfeccionar técnicamente al militar, sino que además intentaban alejar a los hombres de armas de la problemática política (5). Sobre este particular, corresponde aclarar que, en buena medida, toda esta poderosa formación intelectual se produjo al calor de las enseñanzas de la denominada escuela

---

El autor desea poner de manifiesto la gentil disposición de todo el personal del AGE, agradeciendo particularmente al Jefe del Departamento Archivo General del Ejército, Coronel José Eduardo Valladares, así como al suboficial principal Oliver.

(3) Para todos estos temas, véase AUGUSTO C. RODRÍGUEZ, *Reseña histórica del Ejército Argentino* (1862-1930), Buenos Aires, Secretaría de Guerra, Dirección de Estudios Históricos, 1964.

(4) ROBERT A. POTASH, *El ejército y la política en la Argentina, 1928-1945. De Yrigoyen a Perón*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, p. 19.

(5) MIGUEL ÁNGEL SCENNA, *Los militares*, 3ra. edición, Buenos Aires, Editorial de Belgrano (Colección Conflictos y armonías en la historia argentina), 1983, p. 120.

militar alemana, la que, por aquellos años, alcanzó en el país un influjo que jamás volvió a igualar (6).

Con los inicios de la primera presidencia de Yrigoyen, la intensidad de los cambios en el ejército comenzó a declinar, y hasta pareció que el proceso se detenía, justo en una época en que las experiencias resultantes de la Primera Guerra Mundial indicaban la necesidad de encarar una renovación tan profunda como la que se había llevado a cabo a principios del siglo (7). Como inmediata consecuencia de la mencionada actitud de los poderes públicos, los hombres de las Fuerzas Armadas manifestaron una inocultable preocupación, que se expresó en una creciente autonomía, no exenta de veladas críticas a las decisiones del gobierno (8). No era éste un asunto en el que predominasen la atracción o el desapego por ciertas posturas políticas partidarias. En efecto, la llegada de la Unión Cívica Radical al poder no había generado ningún tipo de actitudes reprochables por parte de unas Fuerzas Armadas que se manifestaban respetuosas del orden republicano. Esta situación, empero, comenzó a sufrir sus primeras alteraciones a partir de las medidas adoptadas por Yrigoyen y sus colaboradores (9). De este modo, hay quien considera que la elección de civiles como Elpidio González y Álvarez de Toledo para ejercer la titularidad de las carteras de Guerra y Marina constituyó una actitud poco feliz a los ojos de los hombres de armas (10). Más allá de este hecho, debe anotarse que durante el primer gobierno del líder radical no se proveyó ninguno de los equipos que los jefes reclamaban, ni se realizaron maniobras como las se habían venido efectuando periódicamente hasta 1915 (11). Lo que aumentó considerablemente la desazón entre los miembros del ejército fueron las alteraciones en el sistema de promocio-

(6) FERNANDO GARCÍA MOLINA, "La germanización del ejército en la Argentina de comienzos de siglo", en *Todo es Historia*, n° 275 (mayo de 1990), p. 87. Se puede observar una manifestación de la presencia militar teutona en nuestro país en José Luis Picciuolo, "Historia de la Escuela Superior de Guerra", en *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, (abril-junio de 1995), p. 9 y ss.

(7) HÉCTOR J. IÑIGO CARRERA, *La experiencia radical*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones La Bastilla, 1980, p. 86.

(8) En este sentido, cabe recordar la formación de logias en las que se aglutinaban los oficiales descontentos con la actitud del presidente y de sus colaboradores. ROBERT POTASH, ob. cit., p. 27; MIGUEL ÁNGEL SCENNA, ob. cit., p. 138.

(9) ROBERT POTASH, ob. cit., p. 26.

(10) MIGUEL ÁNGEL SCENNA, ob. cit., pp. 135 y 136.

(11) DARÍO CANTÓN, "Los antecedentes de la revolución de 1930: organización profesional y ley Sáenz Peña", en *La política de los militares argentinos 1900-1971*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971, p. 152.

nes y ascensos, cuestión que alcanzó su expresión más resonante cuando los representantes que respondían a la Unión Cívica Radical en el Congreso aprobaron la ley 11.268, con la que se reincorporó a los oficiales dados de baja por haber participado en las revoluciones de 1890, 1893 y 1905 (12). Pese a todo, y con simultaneidad a lo que los militares pudieron haber considerado como desaires, el gobierno exigía de las instituciones armadas un auxilio constante en tareas vinculadas con el mantenimiento del orden interno de la república. Así, en oportunidad de desarrollarse lo que se dio en llamar Semana Trágica, en 1919, y durante la eclosión del movimiento anarquista de Santa Cruz, en 1921 (13), se requirió el efectivo concurso de contingentes militares. Todo lo dicho nos conduce a afirmar que, durante el primer gobierno de Hipólito Yrigoyen, las expectativas castrenses distaron de ser satisfechas, situación que incidió, sin dudas, en la formación de una actitud crítica y autónoma por parte de la institución ejército.

Curiosamente, al mismo tiempo que los reclamos castrenses eran ignorados por los poderes políticos, comenzó a cobrar vida una cosmovisión militar mucho más amplia que la que había predominado en el pasado. Así las cosas, se sostuvo que la defensa nacional debía ser considerada como algo omnicompreensivo, abarcador de todas las esferas del quehacer nacional (14). En concordancia con este novedoso concepto, las Fuerzas Armadas aplicaron una atención cada vez mayor a ciertas actividades que, anteriormente, bajo el prisma de la antigua y mucho más restringida perspectiva castrense, no habían sido merecedoras de especial atención (15).

3. Dada la gravitante importancia que lo estrictamente militar tenía, según los contemporáneos, en la conformación del derecho castrense (16), nada parecería más acertado, en tren de acercarnos a la comprensión del derrotero particular del ámbito jurídico-militar, que aplicar, casi mecánicamente, las circunstancias propias del universo castrense a las realidades del derecho militar. Empero, debemos rechazar ese tipo de aproxi-

(12) HÉCTOR J. IÑIGO CARRERA, ob. cit., p. 89.

(13) Para los problemas de Santa Cruz, véase ORLANDO MARIO PUNZI, *La tragedia patagónica. Historia de un ensayo anarquista*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1991.

(14) HÉCTOR J. IÑIGO CARRERA, ob. cit., p. 91.

(15) En torno a la misma situación, DARÍO CANTÓN, ob. cit., p. 146, expone una explicación distinta.

(16) Dictamen del auditor general de guerra y marina, CARLOS RISSO DOMINGUEZ, de 6 de septiembre de 1919. *En Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 130:236.

maciones. Desde luego que el imaginario colectivo de los operadores jurídico-castrenses experimentó cambios análogos a los sufridos en la mentalidad del resto de los hombres de armas. En este sentido, resultan particularmente ejemplificativas las palabras del auditor Francisco Albarracín, quien haciéndose eco de las nuevas tendencias que se estaban imponiendo en el seno del ejército, sostuvo, en 1923, que la defensa nacional requería el aprovechamiento de todas las fuerzas vivas de la patria, debiendo vincularse "...poderosamente las industrias y el comercio con las instituciones armadas del país" (17). Sin embargo —volvemos a insistir—, no sería del todo feliz recurrir a la transformación de las sensibilidades y de las actitudes del mundo militar como la única explicación posible que nos guíe al tratar de reconstruir la realidad jurídico-castrense en su cabal dimensión. En efecto, situada dicha realidad a mitad de camino entre el derecho y la milicia, resulta oportuno reparar en las singularidades de lo jurídico militar, constituido por unos elementos particulares que han contribuido a formar, en dicho ámbito y al menos hasta principios del siglo XX, percepciones originales en el campo de lo político, de lo jurídico y de lo militar (18). Corresponde, pues, que repasemos los principales aspectos del derecho castrense posterior a la codificación definitiva.

En un principio, con la sanción del código de justicia militar de 1895 redactado por José María Bustillo, pareció que no sería necesario incorporar mayores cambios en la legislación penal militar, al menos en el corto plazo. Sin embargo, luego del dictado de la ley 4031, de 6 de diciembre de 1901, merced a la cual se impuso el servicio militar obligatorio, empezaron a discutirse posibles reformas al código de justicia castrense, tras advertirse una falta "...de correspondencia entre la ley [penal militar] y el objeto de su legislación" (19).

También aportó lo suyo la crisis revolucionaria de 1905, como consecuencia de la cual se incorporaron algunas reformas al código de justicia militar. Así lo dispuso la ley 4708, sancionada el 22 de agosto de 1905. En virtud de ella, el Presidente de la Nación pasó a contar con facultades suficientes para poder disponer el establecimiento de tribu-

(17) Transcripto en JOSÉ A. YELPO, *Ejército, política, proyecto alternativo: 1920-1943*, Buenos Aires, Guardia Nacional, 1987, p. 26.

(18) Ya hemos reparado en el entrecruzamiento de las realidades jurídicas y castrenses, en "La sanción del primer código de justicia militar (1894) y la transformación institucional", trabajo presentado en el VIII Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina, organizado por la Academia Nacional de la Historia (La Rioja, 2 a 4 de octubre de 1992).

(19) RODOLFO RIVAROLA, "La justicia militar", en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, t. V (1912), p. 721.

nales especiales en tiempo de guerra y durante algunas ocasiones especiales de tiempo de paz. Entre otras cosas, también se estableció que los procesados tenían la obligación de nombrar a sus defensores entre los militares que se encontrasen presentado servicio activo (20).

Mas no concluyeron con esto las inquietudes reformistas. En efecto, ya hacia 1908 los mandos reclamaron una ampliación de las facultades disciplinarias y otra reforma al código. Bajo la presidencia de Roque Sáenz Peña, incluso, en el ámbito del Ministerio de Guerra se elaboró un proyecto de modificaciones al código de justicia militar, propuesta que el ministro del ramo, general Gregorio Vélez, anunció en 1912 (21). Al año siguiente, se produjeron otros poderosos esfuerzos en este sentido. Esta vez, el movimiento partió de la Cámara de Diputados. Luego de algunos debates parlamentarios, y como consecuencia de una iniciativa del socialista Alfredo Palacios, una comisión integrada por éste, Manuel Gonet y Vicente Gallo, presentó un proyecto de código con el objeto de reemplazar al que se hallaba vigente desde 1898. Poco tiempo después, en 1914, cupo al Poder Ejecutivo retomar la iniciativa en la materia, presentando otro proyecto que proponía modificaciones parciales al código de justicia militar. Entre los motivos invocados se afirmaba que el código debía ser puesto a tono con "...las exigencias de la organización [militar] actual..." y "...con el carácter y la educación del nuevo personal que el servicio obligatorio llama anualmente a filas" (22).

A raíz de estos proyectos, se suscitó una áspera polémica entre los especialistas, disputa cuyos principales argumentos se condensaron en dos posiciones contrapuestas. Puede decirse que una de ellas consistía en una aguda crítica a los aparentes excesos de un derecho militar al que considerabase opuesto a la constitución (23). Esta tendencia logró cierta resonancia tanto en el seno del Congreso como en la prensa, siendo compartida por muchos de los dirigentes argentinos que se habían forjado

(20) Comando en Jefe del Ejército, *Reseña Histórica y Orgánica del Ejército Argentino*, t. II, Buenos Aires, Círculo Militar, 1971, p. 459. Puede verse el texto de la ley 4708 en "Leyes sancionadas", *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1905, pp. LXXVII a LXXXV.

(21) *Memoria del Ministerio de Guerra*, años 1911-1912, p. 13.

(22) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1914, sesión de 29 de mayo, p. 505.

(23) Véase lo dicho por el diputado Araya en el seno de la Cámara, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1913, sesión de 6 de agosto, p. 803. Cabe aclarar que la participación de este representante ya fue destacada por Carlos S.A. Segretti en "La diputación nacional de José Félix Uriburu", trabajo aparecido en *Enrique M. Barba. In memoriam. Estudios de historia*, Buenos Aires, 1994, p. 460.

en la fragua de los principios liberales de la Carta Magna nacional. El criterio recordado mereció la adhesión de distinguidos hombres públicos, entre los cuales se encontraban, junto al ya recordado Palacios, Rodolfo Rivarola, Horacio Dobranich y Roque Sáenz Peña, por no citar sino algunos (24). La otra postura, en cambio, insistía en defender la supuesta excepcionalidad del derecho penal militar, atenta a que sostenía que este particularísimo orden represivo tenía por objeto asegurar el cumplimiento de los deberes castrenses y afirmar la disciplina dentro de las instituciones armadas, antes que garantizar los derechos propios de los hombres de armas. Esta opinión, que merecía el cerrado aplauso de la mayoría de los operadores jurídico-castrenses y de los jefes de las Fuerzas Armadas, tuvo en la figura del codificador a su mayor exponente (25).

4. En 1917, una comisión integrada por Vicente Gallo, Rafael M. Aguirre y Antonio de Tomaso presentó un nuevo proyecto, inspirado en el de 1913. De este modo se actualizó el debate. Cupo a de Tomaso defender en la oportunidad la postura favorable a la integración del derecho militar dentro del orden jurídico general. Así, el referido representante dijo, en su oportunidad, que el código de justicia militar debía adaptarse al nuevo ejército integrado por ciudadanos. “La institución militar moderna —integrada por elementos democráticos, según afirmó— no es una institución que vive o que pueda vivir al margen de la Nación” (26). Este discurso del diputado socialista mereció una enérgica respuesta del teniente de navío Lauro Lagos, quien fundamentó sus expresiones en las ideas del codificador Bustillo (27). Fue así que indicó que las disposiciones del código de justicia militar constituían un derecho

(24) Roque Sáenz Peña, “Defensa del coronel Toscano y del teniente coronel Olmos”, en *Escritos y discursos* (compilados por el Dr. RICARDO OLIVERA), t. III, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1935, p. 228 y ss. Rodolfo Rivarola, *op. cit.*, p. 720 y ss. HORACIO DOBRANICH, “Justicia Militar”; en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, t. VI, 1913, p. 298 y ss. ALFREDO L. PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Compañía, 1914.

(25) BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, “Discurso pronunciado en nombre del Centro Naval en el sepelio del doctor Bustillo”, aparecido en el volumen titulado *En memoria del Dr. José María Bustillo. Autor del Código de Justicia Militar y reglamentos de disciplina*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1932, p. 15. En el mismo sentido, véase también el discurso de Rodrigo Amorrortu, que se publicó en el volumen ya citado, en particular la p. 26.

(26) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pp. 436 y 437.

(27) Sobre este tema, véase JOSÉ MARÍA BUSTILLO, *El Código Militar ante la Cámara de Diputados (publicación hecha sobre la base de artículos insertados en los números 15.223 a 15.226 de ‘La Nación’)* Buenos Aires. 1914.

de "índole excepcional", que estaba dirigido, primordialmente, a mantener "...la eficiencia de la función militar de las Fuerzas Armadas...", merced al imperio de la disciplina y de la subordinación. En atención a este razonamiento, Lagos sostuvo que el articulado del código militar no podía ser analizado dentro del "...amplio espíritu liberal con que la constitución nacional y los principios del derecho común garantizan las libertades y los derechos políticos del ciudadano..." (28).

Excediéndonos de la fecha señalada como límite de esta investigación, vale la pena recordar que, durante toda la década del veinte, los operadores jurídico-castrenses advirtieron, con preocupación, a la luz de las transformaciones acaecidas en la organización militar, las modificaciones en la estructura del código penal ordinario y las experiencias de la Primera Guerra Mundial, que la reforma del código de justicia militar se tornaba cada vez más necesaria (29). Como expresión de esta inquietud, en 1923, y luego de la sanción del código penal ordinario, el diputado Francisco L. Albarracín, que integraba el cuerpo jurídico del ejército, presentó un nuevo proyecto de código de justicia militar. Como era lógico esperar, Albarracín siguió los pasos de Bustillo y de Lagos, defendiendo el carácter especial del derecho castrense, al tiempo que censuraba su integración con el resto del orden jurídico. Según su opinión, el derecho penal militar debía contribuir a mantener el orden y la obediencia en el seno de las Fuerzas Armadas, motivo por el cual criticaba las "creaciones artificiosas y secundarias" del viejo proyecto de Palacios, Gonnet y Gallo (30).

## Reconstrucción de una crítica olvidada

5. A los pocos días de haber entrado en vigencia el código penal ordinario aprobado por la ley 11.179 (31), las autoridades del Ministerio de Guerra consideraron necesario adecuar automáticamente algunas

(28) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917. t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pp. 438 y 441.

(29) CARLOS RISSO DOMÍNGUEZ, *Ley de disciplina militar. Información*, Buenos Aires, Taller Gráfico de Luis Bernard, 1927, p. 13.

(30) Véase el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, p. 530 y ss.

(31) La ley 11.179, merced a la cual vio la luz el nuevo código penal, fue sancionada por el Congreso Nacional el 30 de septiembre de 1921. Dado que una de sus disposiciones transitorias determinaba que el comienzo de su vigencia se iniciaría seis meses después de su promulgación, y puesto que ésta se produjo el 29 de octubre de 1921, el código penal comenzó a regir como ley de la nación el 29 de abril de 1922.

sentencias de los tribunales militares que ya estaban firmes <sup>(32)</sup>. Se trataba de aquellos pronunciamientos de los jueces castrenses que habían resuelto cuestiones relativas a delitos ordinarios, vale decir que versaba sobre casos en los que se habían juzgado aquellas conductas punibles que afectaban el derecho o los intereses del estado o de los individuos, causa por la cual los tribunales militares aplicaron normas emanadas del derecho penal ordinario <sup>(33)</sup>.

Obedeciendo al propósito mencionado, se dispuso la redacción de un decreto mediante el cual se ordenaría la revisión inmediata de las referidas sentencias, sin que se requiriese la expresa petición de parte alguna. El diseño de este proyecto se encomendó a la Dirección General de Personal de la Secretaría de Guerra, el 8 de mayo de 1922. Cabe recordar que el mismo código de justicia militar, reformado por ley 4708, preveía, en su artículo 505, la aplicación supletoria de los artículos del libro I del código penal. El proyecto, empero, se fundamentó en el precedente constituido por el decreto de 20 de noviembre de 1905. En este último instrumento normativo, el entonces presidente, Manuel Quintana, reconociendo la magnitud de las reformas sufridas por el código de justicia militar y por el código penal ordinario, y atendiendo a la vigencia del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el ámbito jurídico militar, ordenó la revisión de las sentencias de los tribunales castrenses dictadas con anterioridad a las citadas reformas legales. Cabe indicar, además, que el decreto de 1905 se expidió en mérito a que "...no pudiendo la justicia militar, por su carácter, proceder de oficio...", requería "...un acto expreso del comando..." disponiendo "...la revisión de las sentencias firmes de los tribunales militares...", a efecto de substituir las penas que se hubiesen impuesto <sup>(34)</sup>.

Pero volvamos al proyecto de 1922. Tres días después de lo ordenado, el 11 de mayo, el proyecto de decreto estuvo listo. El mismo estaba encabezado por fundamentos análogos a los del decreto de 1905; vale

(32) Es oportuno indicar que toda la documentación mencionada en este apartado, respecto de la cual no se menciona su procedencia, ha sido tomada del expediente ya citado del AGE.

(33) La notable extensión de la jurisdicción castrense surgía del inciso 2, artículo 117 del código de justicia militar entonces vigente.

Cabe recordar que en nuestro país, actualmente y desde 1984, la jurisdicción militar de tiempo de paz se encuentra mucho más restringida, comprendiendo sólo los delitos que se caracterizan por ser esencialmente militares. Véase al respecto el art. 108 del código de justicia militar reformado por la ley 23 049.

(34) Puede consultarse el decreto citado en el *Boletín Militar, Ira. parte*, n° 250, de 20 de noviembre de 1905.

decir, pues, que reconocía que su dictado respondía a la vigencia de un nuevo código penal y que, recordando la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el ámbito jurídico militar, venía a poner de manifiesto el expreso acto de comando que requerían los tribunales castrenses para actuar en la oportunidad. En definitiva, lo que el proyecto hacía era disponer la revisión automática de las sentencias militares pronunciadas con anterioridad a la ley 11.179. Además establecía que dicha actividad sería llevada a cabo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, previa vista fiscal.

En mérito a la función de asesoramiento que le correspondía al referido Consejo Supremo <sup>(35)</sup>, en la misma fecha de su confección se le remitió el proyecto. Diez días después, el fiscal general de dicho organismo, Avelino F. Ferreyra, desestimando la importancia del decreto de 20 de noviembre de 1905, emitió una vista en la que sostuvo que el Consejo Supremo carecía de atribuciones para llevar a cabo las tareas propuestas en el proyecto de decreto. Ateniéndose a un criterio estrictamente legalista —cabe mencionar que Ferreyra sostuvo en su vista que “la competencia es la medida de la jurisdicción, y deriva directa e inmediatamente de la ley”—, el fiscal general, tras citar los artículos 131, referido a la competencia del Consejo Supremo, el 438, que versaba sobre el recurso de revisión, y el 475, que regulaba la amnistía de los condenados, concluyó afirmando categóricamente que una norma como la que se proponía sólo podría ser válida en cuanto emanase de una ley del Congreso, y no de una disposición del Poder Ejecutivo.

Semanas después —el 2 de junio— se expidió el Consejo Supremo con un dictamen que llevaba la firma de su presidente, el teniente general Saturnino E. García. Siguiendo una línea expositiva semejante a la del fiscal general —“la ley y únicamente la ley, puede imponer ... restricciones a la justicia y no el Poder Ejecutivo...”, se proclamaba en el dictamen, sin hesitar—, los miembros del Consejo rechazaron el proyecto. Según el dictamen del tribunal, antes de aceptar una medida como la planteada resultaba imprescindible armonizar el código de justicia militar con el código penal ordinario, lo que significa que, en la perspectiva del Consejo, el proyecto afectaba la esfera de atribuciones establecidas en el código de justicia militar, ante lo cual el tribunal señalaba que, dada su independencia y jerarquía, dicho cuerpo normativo *sólo* podía ser alterado en virtud de una ley del Congreso. Sin embargo, los miembros del Consejo se apresuraron a aclarar que la adopción aislada de una medida de este tipo tampoco sería suficiente, pues debían superarse dificultades de otro tenor -obstáculos que el tribunal consideraba

(35) Art. 131, inc. 6, del código de justicia militar entonces vigente.

de difícil sino de imposible solución-. Una de ellas, por ejemplo, consistía en cómo conciliar las disposiciones del derecho penal ordinario con el orden represivo militar, atento a que ambos órdenes normativos contenían “principios legales diversos” en virtud de los cuales un mismo hecho podía ser apreciado y penado de distinta forma. En este orden de ideas, debemos recordar que, en el curso del dictamen, los miembros del tribunal se ocuparon de examinar distintas situaciones que resultaban particularmente embarazosas en el proceso de adaptación de las disposiciones del código ordinario por parte de la justicia militar. De este modo se recordaron las diferencias de criterio en el modo de determinar el monto de las diferentes sanciones, cuestión que en el derecho penal ordinario estaba más o menos librada al criterio del magistrado civil, mientras que el juez militar carecía de esta libertad <sup>(36)</sup>. En opinión de los integrantes del Consejo, la adecuación de las penas de los tribunales militares a las normas del nuevo código penal también hubiese requerido una ley del Congreso.

Además de lo referido, los miembros del tribunal no dejaban de reflexionar sobre la posibilidad de que se produjesen peligrosas alteraciones en la organización castrense a partir de casos tales como los que podrían surgir de la comisión de un concurso de delitos comunes y militares, hechos que, potencialmente, hubiesen tenido la entidad suficiente como para permitir la libertad a un individuo declarado culpable, merced a la aplicación del instituto de la ejecución condicional, aplicable en sede civil y no previsto en el ámbito militar. Como conclusión de todas las razones mencionadas, los miembros del tribunal afirmaron que el código penal ordinario y el código de justicia militar eran “...dos cuerpos de legislación con una estructura distinta”, y que, por lo tanto, carecían de “...la armonía indispensable para que exista una uniformidad de principios y de criterio judicial...”.

Una vez conocida la opinión del Consejo, el asunto pasó al dictamen del auditor general de guerra y marina, Carlos Risso Dominguez. Éste se expidió en dos oportunidades. En la primera —que correspondió al dictamen n° 29.821, de 21 de julio—, evitó todo tipo de pronunciamiento

(36) Resulta interesante comprobar que, en apoyo de su posición, los miembros del Consejo reprodujeron textualmente el artículo 564 del código de justicia militar, al que equivocadamente citaban como si se tratara del 579 (que era el número que se le había adjudicado originariamente al dictarse el código, en 1898). Este hecho, aparentemente trivial, indica que los miembros del más importante tribunal castrense del país estaban usando la edición del código de justicia militar tal como se lo había sancionado a fines del siglo XIX, 17 años después de que éste había sido reformado por la ley 4708.

categorico sobre el tema, solicitando informes ampliatorios para formar su juicio. La opinión definitiva y fundada se produjo, pues, con el segundo dictamen, de 8 de septiembre de 1922. En dicha ocasión, luego de memorar lo acontecido con el decreto de 20 de noviembre de 1905, y sin desconocer la analogía de la situación, Risso Domínguez consideró que, ante la ausencia de normas procesales que regulasen la sustitución automática de las penas, y dada la falta de cooperación del Consejo Supremo, nada podría hacerse por decreto. Su conclusión fue que el Poder Ejecutivo debía poner en conocimiento del Consejo la nómina de los penados militares sentenciados por la comisión de delitos comunes, para que éste decidiese lo que creyese conveniente.

Finalmente, el 11 de septiembre de 1922, el Ministerio de Guerra hizo suyo el dictamen del auditor general, decisión con la cual el proyecto de decreto fue definitivamente archivado.

### Más allá de lo aparente

6. Con el objeto de acceder al plano más profundo del debate, corresponde estudiar cómo se fueron generando las construcciones conceptuales de los operadores jurídico-militares, atendiendo a los permanentes condicionamientos mentales que debieron hacer frente, sin olvidar, además, que en el proceso merced al cual atribuían de significado a los enunciados normativos, aplicaron una variedad de concepciones políticas, económicas y sociales, que permanecieron decorosamente ocultas bajo la invocación de prestigiosas teorías supuestamente asépticas <sup>(37)</sup>.

En el último sentido mencionado, se advierte que los hombres del ejército, y los juristas próximos a ellos, adhirieron a una concepción de la ciencia del derecho <sup>(38)</sup> que emanaba de una peculiar percepción de la política jurídica <sup>(39)</sup>. Los operadores jurídico-castrenses contemporá-

(37) RICCARDO GUASTINI y GIORGIO REBUFFA, "Introducción". En GIOVANNI TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 11.

(38) Por 'Ciencia del Derecho' entendemos aquella disciplina que estudia los conceptos y categorías jurídicos en particular. JOHN FINCH, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Labor Universitaria, 1977, p. 12.

(39) Empleamos el concepto 'política jurídica' con un sentido análogo al que le dio RAÚL A. ORGAZ, en "La política jurídica y el código civil", artículo aparecido en la *Revista de Filosofía*, año VI, n° 1 (enero de 1920), p. 5. Cabe aclarar que la historiografía jurídica europea actual también emplea este concepto, como se advierte trabajos como los de HELMUT COING, "Unidad en el desarrollo del derecho en los países de Europa", aparecido en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, n° 2 (1989-1990), p. 137.

neos a Yrigoyen —protagonistas del debate suscitado en torno al proyecto comentado en este trabajo—, no se reducían a mantener una controversia acerca de la integración o de la autonomía del derecho penal militar, examinando cuál era la naturaleza de lo jurídico penal castrense. Nada más equivocado, por cuanto junto con la polémica en torno a la existencia o no de una legalidad militar distinta a la realidad jurídica ordinaria, también estaban discutiendo cuál era la razón de ser de las Fuerzas Armadas y qué papel deberían ocupar en la sociedad argentina.

Es bueno tener presente que la conformación de este tipo de concepciones no se debió a la exclusiva gravitación de la situación castrense. Por el contrario, a la par que la creciente independencia de criterio demostrada por las instituciones armadas durante el gobierno radical ejercía su influjo, constituyendo un elemento sin duda trascendente a la hora de juzgar las mutaciones sufridas en la mentalidad propia del foro militar, el apoyo demostrado por los operadores jurídico-castrenses a la idea de un derecho militar concebido como una realidad autónoma, distinta, y si se quiere distante, del orden jurídico general, obedeció también a otras razones. No por evidente puede dejar de mencionarse la natural tendencia de los especialistas a diseñar principios y argumentaciones a partir de los cuales se subrayan las peculiaridades de un área del quehacer jurídico, actitud que, por cierto, no tuvo por qué ser ajena a los hombres del foro castrense. Asimismo, lo que revistió muchísima importancia fue la concreta enseñanza aprendida en el transcurso de la práctica jurídico-castrense. En efecto, el código de 1895, que fue el más ambicioso intento de integrar generosamente al mundo jurídico-militar con el resto del derecho penal, había demostrado, rápida y rotundamente, que era un fiasco. Esta triste experiencia, con su importante secuela de causas acumuladas sin ser resueltas, de procesos lentos y engorrosos, y de una multitud de personal militar distraído de sus funciones esenciales, dejó un sabor amargo en los responsables de la conducción castrense. Fueron éstos quienes rápidamente atribuyeron el fracaso del intento al hecho de haber adoptado, en el ámbito jurídico militar, algunos principios que respondían a los lineamientos de los derechos penal y procesal penal ordinarios. Así las cosas, la inequívoca solución no se hizo esperar: a partir de entonces, las normas del derecho penal militar deberían amoldarse estrictamente a las costumbres jurídico-castrenses tradicionales, para atender con preferencia a las necesidades propias de las instituciones armadas (40).

Tal como se planteó la cuestión, José María Bustillo, codificador en 1898 y reformador en 1905, fue uno de los más entusiastas defensores

(40) *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1896, pp. 46 a 51 .

de la especificidad del derecho penal militar, al que consideraba constituido por unas normas de excepción que no podían ser encuadradas automáticamente dentro de las reglas generales del derecho argentino. Según él, la peculiaridad de lo jurídico castrense provenía del propósito último que le daba su ser, y que no era otro que colaborar para que la acción conjunta de los integrantes de las Fuerzas Armadas estuviese en condiciones de garantizar, de un modo eficiente, la vigencia de todos los intereses y los derechos amparados por la constitución nacional (41).

Pausadamente, y en tanto que fueron objeto de otras elaboraciones, las nociones expuestas por Bustillo impusieron, en el ámbito jurídico-militar, una nueva lectura del mundo circundante (42). Este proceso —en el cual, precisamente, debe enmarcarse el proyecto de decreto que analizamos en este trabajo—, estaba lejos de haber concluido hacia principios de la década del '20. En esta época los desencuentros entre el ámbito jurídico-militar y el resto del mundo del derecho aún no habían desembocado en una cuasi-ruptura. En efecto, y como un ejemplo de lo dicho, cabe recordar que todavía era posible sostener que la naturaleza jurisdiccional de los tribunales castrenses (43) —inclusive los mismos miembros del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas decían adherir a esta postura (44)—, sin despertar por ello las críticas o los reproches que tal afirmación pudo generar años después, cuando se consideró que la justicia militar sólo representaba uno de los aspectos del mando. Sucede que el itinerario que habría de recorrerse, todavía parecía incierto hacia 1922, aunque ya podía sospecharse donde se encontraba el final de la marcha. Esta última se alcanzó con el apogeo de la tesis autonomista, consagrada en el artículo 29 de la constitución reformada en 1949. En ese entonces, nada quedó por hacer sino aceptar que la “sustantividad” del derecho penal militar era un hecho aparentemente inconvencible (45).

(41) JOSÉ MARÍA BUSTILLO, ob. cit., pp. 13 y 14.

(42) Estos conceptos son empleados por PAOLO GROSSI, *Historia del Derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 27.

(43) BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, ob. cit., p. 17.

(44) Cabe aclarar, sin embargo, que en el repetidamente citado dictamen del Consejo, la adhesión a esta postura pudo constituir una actitud coyuntural. Es verosímil la posibilidad de que se haya defendido esta teoría como una reforma de oponerse a la posible decisión de un Poder Ejecutivo con el que se discrepaba.

(45) El empleo del término “sustantividad” corresponde a CARLOS J. COLOMBO, *El derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1953, pp. 13 a 20.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres  
gráficos de **Letra & Color** srl., 343-0278,  
en el mes de abril de 1997.