

# PRUDENTIA IURIS N° 51

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



**Marzo 2000**

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD**

### *Decano*

Dr. Eduardo P. M. Ventura

### *Secretario*

Dr. Gabriel Limodio

### *Directores de Carrera*

Abogacía: Dr. Manuel H. Castro Hernández  
Ciencias Políticas: Dr. Francisco Arias Pellerano

### *Coordinación de Estudios*

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

### *Centro de Investigaciones Jurídicas*

Director: Dr. Jorge H. Alterini  
Secretario: Dr. Juan M. Battaglia

### *Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas*

Dr. Néstor A. Raymundo

### *Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica*

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

### *Doctorado*

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

## **AUTORIDADES DE LA REVISTA**

### *Director*

Dr. Roberto Punte

### *Secretario de Recensiones*

Dr. Florencio F. Hubeñak

### *Responsable de Distribución*

Dr. Juan M. Battaglia

*Ediciones de la Universidad Católica Argentina*  
*Universitas S.R.L.*

*Tucumán 1436 - Buenos Aires*

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.



Editorial ..... 7

**ROMANÍSTICA**

Los Aportes Jurídicos de las "Noches Aticas". *Edmundo J. Carbone* ..... 11

Los Riesgos de los viajeros en el Derecho Romano. *Alfredo Gustavo Di Pietro* ..... 41

Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. *Alvaro D' Ors* ..... 55

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

El Contrato Internacional de transporte de mercaderías a través de un sobrevuelo. *Raul Alberto Ramayo* ..... 69

La naturaleza de los tratados de extradición en los fallos de la Corte en los casos Priebke y Liendo Arriaga. *Fernando Rolandelli* ..... 79

Las empresas de origen comunitario. *Marta Luján Claro de Gandía* ..... 87

Derecho Ambiental Internacional. *Marta Solange Jonas Aguilar* .... 109

Regimen Internacional de la Propiedad Inmaterial. *Carlos J. Martínez Casado y Marta Solange Jonas Aguilar* ..... 117

**DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**

El legado de Vietnam: la amenaza y el uso de la fuerza en la política exterior norteamericana. *Hernando V. Cañardo* ..... 127

La personalidad Jurídica de la Soberana Militar Orden de Malta. *Juan Manuel Gramajo* ..... 163

Derecho Penal Internacional. *Fernando Rolandelli* ..... 173

**DOCUMENTOS**

"Motu proprio Spes Aedificandi". *S.S. Juan Pablo II* ..... 197

Las Místicas de la Iglesia Medieval. *Mons. Néstor Daniel Villa* ..... 209

La acción política de las místicas en la Iglesia y en el Estado: Hildegarda Brigida, Catalina. *Peter Dinzelbacher, traducción de Giuliana Rho, Introducción y revisión por Mons. Néstor Daniel Villa* ..... 210

## RECENSIONES

- "Impedimentos matrimoniales". *por Eduardo A. Sambrizzi. Bs. As., 1994, Abeledo-Perrot, 340 págs. Comentario de María Elisa Petrelli* **241**
- Derecho del Trabajo en el Mercosur. *Hugo Roberto Mansueti, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, 551 págs. R.A.P. ....* **243**
- "Melantone. Scritti Religiosi e Politice". *Torino, Claudiana 280 pgs.;*  
"Zwingli. Scritti teologici et politiche". *Torino, Claudiana 396 pgs.;* "La  
confessione augustana". *Torino, Claudiana 191 pgs.. Comentario de*  
*Florencio F. Hubeñak* ..... **244**
- "Pieraccini, Paolo. Gerusalemme, Luoghi Santi e Comunità Religiose  
nella Politica Internazionale. *Bologna, E.D.B., 1996, 832 págs.*  
*Comentario Florencio Hubeñak.* ..... **246**

## SUPLEMENTO VIRTUAL

### INDICE

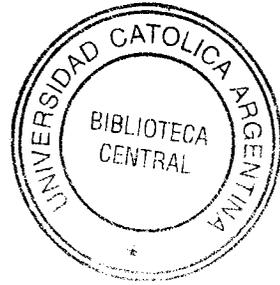
- Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal. *Alfredo Repetto.*  
Objeto y contenido del derecho agrario. *Fernando P. Brebbia.*  
Funciones, contenido y ubicación curricular de la Filosofía del Derecho, *Camilo Tale.*  
"La carta de la Tierra". *Gabriel Limodio.*  
Intervención del menor en la emancipación civil y la autorización para ejercer el  
comercio. *Angel Hugo Guerriero.*  
Teoría Política de la Costumbre y de la Codificación. Montesquiu y la doble cultura  
jurídica en la antigua Francia. *Paul-Ludwig Weinacht.*

### RECENSIONES

- "El agente de la administración pública en indias". *Bs. As., 1998, 490 pgs. de José M. Mariluz Urquijo, por Ezequiel Abasolo.*  
"Curso de Derecho Societario", *de Ricardo A. Nissen, Editorial Ad. Hoc. Bs. As., 1998, 605 págs., por Alejandro P. Monteleone Lanfranco.*  
¿Por qué obligan los contratos? Notas a la traducción chilena de Charles Fried. "La obligación Contractual. El contrato como promesa", *Charles Fried, comentado por Fernan Corral Tarciani.*  
Bioética y Derechos Humanos, Temas y Casos. *Pedro Federico Hooft, De Palma, Bs. As., María Elisa Petrelli de Aliano.*

• Toda la revista puede consultarse en [www.albrematica.com/dial](http://www.albrematica.com/dial), y, a partir de este número, comenzamos a difundir este suplemento con artículos y notas adicionales.

• e-mail: [derecho@uca.edu.ar](mailto:derecho@uca.edu.ar) (por favor aclarar en el texto a/Dr. Roberto Punte o J. M. Battaglia.



## EDITORIAL

*"El tiempo no es sino tardanza / de lo que esta por venir".*

Nosotros cambiamos, no es que el tiempo pase, sino como medida de nuestra existencia. De ahí que los siglos y los milenios sean medidas de las obras del hombre, mientras todas las cosas y nuestras vidas son presente ante lo eterno, lo que no cambia, El que no cambia.

Cristo vive, su nacimiento, pasión y resurrección son hechos actuales, y por lo tanto estos dos mil años lo que realmente marcan es el antes y el ahora en la obra de nuestra salvación.

La plenitud del tiempo es también un hoy, nos recuerda Su Santidad al declarar el Jubileo. La historia de la iglesia y la liturgia anual constituyen un catálogo de la absorción y transformación de costumbres y modos paganos o meramente humanos, en un reiterado rito de santificación, siguiendo el consejo del Apóstol de conversión de nuestros actos corrientes en actos para la gloria de Dios (Cor.I-10-35). Así es que esta fiesta pagana, saludo solar desde las orgullosas torres de nuestras ciudades y tecnología, es transformada por la pedagogía del Espíritu en otro medio de salvación, en un año de alegría interior y exterior, de liberación y comunicación de las gracias.

Fuera del tiempo Dios sostiene amorosamente a todas y cada una de sus criaturas, e irrumpe en su tiempo individual de muchas maneras, una de ellas, sin duda, este jubileo, preparado desde la reflexión y la penitencia, para participar en ella bien vestidos y por derecho propio, para nuestra alegría y gloria del dueño de casa.

Dentro del tiempo, nuestras acciones nos revisten, a la vez, de la ropa nupcial y de los andrajos de nuestra vergüenza. De ahí la exhortación a la "purificación de la memoria" para evitar a la vez que esta se convierta en una carga inútil, y en tentación de repetir las faltas pasadas.

Se trata de una memoria crítica, que deseche los mitos y el apasionamiento subjetivo. De ahí la valorización de las ciencias: la ética, la historia, y la ciencia política, como auxiliares imprescindibles en este juicio moral, para ayudar a detectar las ofensas, los errores, injusticias, omisiones, infidelidades, incoherencias y lentitudes en el peregrinar del cristianismo en este bien llamado valle de lágrimas.

Y si en el pasado se puede hoy lamentar el escándalo de la división entre los bautizados, el antitestimonio de la violencia para lograr fines buenos, la falta de asistencia a los perseguidos, en particular a los hebreos, en el presente están las faltas por indiferencia, secularismo, relativismo ético, ateísmo práctico, desprecio de la vida, e insensibilidad ante la pobreza.

Más aún, y esta tal vez sea la matriz más honda en la conversión que se nos predica: que esta revisión nos lleve a sopesar en cada nueva acción, qué pueda haber en ella que sea fuente de analoga vergüenza y arrepentimiento para nuestros hijos, nuestros nietos, las generaciones venideras... Tal juicio crítico no debe, sin embargo, obrar como un freno de los entusiasmos vitales, pues no solo existe en la vida la posibilidad del error y el pecado, sino "también y sobre todo" la luminosa posibilidad de su perdón.

En tal contexto se publica este número cincuenta y uno de "Prudentia Iuris", manifestación de esfuerzos y desvelos de los profesores e investigadores de nuestra Facultad y de otras, siguiendo la exhortación contenida en estos documentos, de permanecer "en el horizonte sapiencial en el cual los logros científicos y tecnológicos están acompañados por los valores filosóficos y éticos, que son una manifestación característica e imprescindible de la persona humana".

# ROMANISTICA



## LOS APORTES JURIDICOS DE LAS "NOCHES ATICAS"

POR EDMUNDO J. CARBONE\*

### I. Introducción

Previo a toda otra consideración, es del caso señalar que existe la errónea costumbre de que cualquier estudio romanístico deba tener un fin pragmático, que no es otro que su vinculación con el derecho vigente; mira que si bien no es mala, peca de miope, bastardeando así lo que debe ser el estudio del Derecho Romano. En efecto, no sólo hay que saber con una finalidad utilitaria (v. gr., inglés y computación), sino que la verdad en sí misma, conduzca o no a un fin práctico, constituye un objeto digno del intelecto humano. Permítase conocer la verdad por ella misma, aparte de lo que pueda proporcionar, si al fin y al cabo la verdad es el fin último del universo y como tal es amada en sí misma<sup>1</sup>. Por lo tanto, quien tenga la paciencia de leer este trabajo sepa que no está orientado a explicar tal o cual moderna institución jurídica: se trata de investigación pura que sirve para una sola cosa: el mejor y más preciso conocimiento del Derecho Romano, monumento jurídico de la antigüedad que merece ser estudiado aunque nada hubiera tenido que ver con el sistema actual del derecho. Fecho este descargo, adelante con el tema.

En una anterior publicación del autor<sup>2</sup> se puso de resalto la importancia que tienen las llamadas fuentes literarias para un conocimiento más exacto del Derecho Romano, no solamente porque ayudan a

\* Juez en lo Civil y Comercial Federal. Profesor Titular Ordinario de Derecho Romano (UCA)

<sup>1</sup> S. Tomás, C.G., 1, 1; S.T., 1-2, 29, 5.

<sup>2</sup> *En torno a pro Caecina, Prudentia Iuris*, n° 36, págs. 43 y ss.

una mejor interpretación de las instituciones jurídicas vistas desde la perspectiva de un historiador, de un gramático, de un poeta, de un retórico o de un filósofo, sino también porque en algunos casos las referencias de estos autores son las únicas sobre ciertos institutos. Y tal vez sea que para la reconstrucción del derecho arcaico no haya mejor aporte que el proporcionado por estas fuentes literarias.

Se decía también en el susodicho trabajo, que entre todos los autores latinos, por la cantidad y calidad de sus obras en lo que al Derecho Romano atañe, se llevaba las palmas Cicerón, sagaz abogado y considerado asimismo como el mejor orador en su lengua, amén de sus obras filosóficas basadas en el estoicismo. Pero, felizmente, no sólo ha sido este autor quien ha legado importantes obras para la posteridad, sino que el número de los aportantes es grande, sin perjuicio de que no todos abundan en igual cantidad y calidad de temas jurídicos. En esta ocasión se ha elegido la obra de AULO GELIO, conocido exclusivamente a través de sus *Noches Aticas*.

Ello por cuanto en esta obra —única de A. GELIO que se ha conservado— las referencias a distintas instituciones jurídicas son numerosas, ayudando de este modo a comprenderlas mejor, incluyendo párrafos íntegros de la ley de las XII Tablas, cuyo conocimiento se lo debemos por su exclusividad. Además, son frecuentes sus alusiones a jurisprudentes de épocas anteriores, de cuyos nombres solamente dio cuenta Pomponio en su esquicio de historia de la jurisprudencia romana (D., 1, 2, 2), pero cuyos textos no ha recogido la compilación justiniana. Entre la variada temática del autor, son numerosos los capítulos que abarcan cuestiones jurídicas, interesándose particularmente por las instituciones arcaicas.

Por lo tanto, un singular análisis de las *Noctes Atticae*, que no pretende ser exhaustivo sino que se limitará a aquellos pasajes que se pueden considerar como más relevantes —y acotado a los temas de derecho privado— pondrá de manifiesto la importante contribución que para una mejor noción del Derecho Romano surge de esta curiosa obra.

## II. El personaje.

Para el desarrollo de este parágrafo así como también de los siguientes (III, IV y V), se sigue preferentemente la introducción compuesta por René Marache a la edición de *Les Nuits Attiques* publica-

da por *Les Belles Lettres*<sup>3</sup>, quien precisa que la primera cuestión que se suscita en torno a este autor, es la de determinar su verdadero nombre, ya que tanto Lactancio, como Servio y el propio San Agustín en *La ciudad de Dios*<sup>4</sup> —quien califica a este escritor de hombre muy instruido y elocuente— lo llaman *A. Gellius* y es sabido que A es la letra que corresponde en latín al *praenomen* Aulo. Flavio Vopisco lo identifica simplemente como *Gellius*, en tanto que Prisciano lo llama *Agellius*, nombre prevaleciente en los manuscritos y que recogió sin más el Medioevo. Pero con el advenimiento del humanismo renacentista, se desataron interminables polémicas acerca de esta cuestión; en la actualidad se da preeminencia al testimonio de los primeros, y ya no se discute cual sea su verdadero nombre, esto es, *Aulus Gellius*, en castellano, AULO GELIO.

Todo lo que se sabe de este autor, proviene de su propia obra, ya que no sólo aporta sus ideas y criterios, sino también circunstancias concretas de su vida. Se descarta que sea de origen africano y de lo que se sabe, siempre vivió en Roma, con una estancia no menor de un año en Grecia, sin que se pueda precisar cuando ocurrió, aunque debió ser joven en ese entonces: *iuvenes* es la voz que emplea (2, 21, 4). Surge de la obra que su vocación por el estudio nunca hizo que dejara de lado acrecentar su patrimonio y educar sus hijos; tampoco se desinteresó de la vida pública y más de una vez fue elegido juez (*A. Gellius iudex esto*, sería la frase inicial de la fórmula en estos casos).

Para satisfacer su curiosidad y ansias de erudición y seguir lo que se podrían llamar estudios superiores, trabó relación con Sulpicio Apolinario cuando cambió la toga pueril por la viril, según lo atestigua el propio autor (18, 4, 1), pero lamentablemente no se conoce la fecha del encuentro, lo que hubiera permitido conocer la fecha del nacimiento de A. GELIO. Pero más adelante afirma que sus encuentros con el maestro tuvieron lugar siendo Erucio Claro prefecto de la Urbe y cónsul por segunda vez en el 146, siendo él adolescente (13, 18, 3). Efectuando un paralelismo con un texto de Apuleyo —*Apología*— los estudiosos de la cuestión concluyen que las *Noches Áticas* son anteriores a aquella y que habrían sido compuestas en una época que va entre los años 146 y 158, lo que los lleva a poner el nacimiento del autor entre los años 115 y 120.

<sup>3</sup> *Aulu-Gelle, Les nuits attiques, Société d'édition "Les Belles Lettres", Paris, 1967.*

<sup>4</sup> *in libris quibus titulus est Noctium Atticarum scribit A. Gellius (De civ. Dei, 9, 4) [en los libros cuyo título es Noches Áticas lo escribió A. GELIO].*

Habría muerto después del 158: pero el resto de su vida es meramente conjetural. Lo cierto es que aporta una imagen de la vida intelectual y la de sus principales personajes en tiempos de Antonino Pío y de los últimos años de su antecesor, el emperador Adriano.

### III. La obra.

El mismo A. GELIO se encarga de explicar el porqué del título de su obra (*Praef.* 10; 1, 25, 18; 14, 6, 1 y 5; 18, 4, 11): no pretende explicar el contenido. Con *Noches* se significa el trabajo intelectual, cumplido a la luz de las lámparas en las largas noches de invierno, ya que el día concluía entonces prácticamente con el ocaso. Y *Aticas* dado que la obra se comenzó a redactar durante la estancia del autor en Atenas.

Es muy difícil catalogar el género literario de este trabajo; está constituido por una secuencia de capítulos bastante breves y heterogéneos que tratan de los más variados asuntos: todos los temas del saber de su tiempo le interesaron al autor, si bien los más se refieren a cuestiones de gramática y etimologías del latín, escarbando principalmente en el esclarecimiento de voces arcaicas caídas en desuso. Abundan las citas de autores antiguos y clásicos, tanto latinos como griegos y no faltan las recurrentes alusiones a hechos y personajes históricos, incluyendo los héroes de la historia romana; y tampoco están ausentes las ciencias naturales, como ser nombres de los astros o de venas y arterias y los sucesos maravillosos —*miracula*— que aparecen descriptos con toda naturalidad.

La filosofía y en especial la moral, fue otra de las cuestiones que aborda A. GELIO, desarrollada con un método casuista y que se alterna con capítulos que constituyen resúmenes de diversos filósofos de la antigüedad. Y como lo sintetiza el nombrado Marache <sup>5</sup>, “las *Noches Aticas* no se proponen solamente conservar detalles curiosos, sino también presentar a los lectores gran cantidad de enseñanzas; antes que una compilación resulta una obra de vulgarización.”

El propio prefacio explica el método seguido por A. GELIO: recolección de datos leídos o escuchados, pero distinguiendo las anotaciones de su presentación, que llama comentarios, o sean breves elaboraciones de los temas. Pero hace falta señalar que la esencia del trabajo está en los *excerpta* [extractos], notas de lectura, método extraño en

<sup>5</sup> Op. cit. en nota 2, p. XV.

la actualidad pero muy difundido en la antigüedad. Cierto es que tomar notas de la lectura fue una necesidad de siempre, pero en la época aquella resultaban imprescindibles si se recuerda que los volúmenes eran rollos de una hoja continua, en la que los lectores no tenían la facilidad de marcar una página —como al presente— y si se trataba de libros raros era gran ventaja hacer estos extractos y conservarlos. Este tipo de obra, que facilitaba el conocimiento de varios temas, fue muy común en Roma, tal como se aprecia en la obra de Plinio el Viejo. El mismo prefacio de A. GELIO proporciona varios títulos de trabajos similares, debidos a Ceselio Videx, Valerio Probo, Ateyo Filólogo, Suetonio, Aurelio Opilio, el mismo Varrón y otros griegos, como Plutarco.

En el mismo prefacio (2) el autor precisa que *Vsi autem sumus ordine fortuito quem antea in excerpendo feceramus* [hemos seguido un orden fortuito de las cosas, aquel de las notas de las lecturas] y no hay dudas que fue fiel a este anuncio, ya que los capítulos se suceden sin tener relación alguna entre ellos. Muchas veces capítulos sucesivos tratan una misma temática o derivan de la misma fuente, lo que pone de manifiesto que el desorden resulta espontáneo. En la composición A. GELIO no se somete a regla alguna y como los antiguos no usaban —como se lo hace ahora— la nota al pie de página, resulta que a veces que el último párrafo de un capítulo viene a ser la cita que refirma o contradice lo sostenido antes. Y estas citas anunciadas en el *lemma* [argumento] constituyen la razón de ser de la obra.

El estilo del autor de *Noches Aticas* se caracteriza por la búsqueda permanente de voces raras, sean arcaicas o constituyan neologismos: su búsqueda en antiguos autores proporciona gran número de palabras caídas en desuso. Pero también ha construido nuevos vocablos, generalmente derivándolos de palabras existentes. Pero no por ello se aparta de la retórica clásica, abusando de la presencia de sinónimos y suele unir un verbo y un participio de igual sentido para ganar en amplitud y énfasis. Se trata, en fin, de la obra de un erudito, escrita en un cierto tono de abandono y displicencia.

#### IV. Los gustos literarios

A. GELIO buscó una ciencia: la del latín, cuya causa defendió ya que pocos como él conocieron su riqueza, con un método basado en las autoridades, en el arte de elegir la palabra precisa para cada caso. Considera que la voz más rebuscada es la mejor y reprocha a Cicerón su vocabulario simple y claro y defiende la teoría de las palabras ines-

peradas, que sólo le llegan a los escritores de genio y que si se las suprimiera nadie sería capaz de reencontrarlas. Denomina elegancia al arte de elegir las palabras y entre las inesperadas son fundamentalmente los arcaísmos, que tienen toda las ventajas de ser novedad para los coetáneos, para quienes resultan desconocidos.

Pero no solamente se caracteriza por el empleo frecuente de vocablos en desuso, sino que también aporta nóminas de palabras y giros raros (2, 19, 7; 2, 17, 2; 2, 10, 25 o 2, 10, 9). Por ello es que no comulga con los clásicos, con excepción de Virgilio, de quien admira la pureza de su lengua y emplea duros epítetos para calificar a Séneca: se enrola entre quienes ponen en la rareza del idioma como el supremo valor literario y como única ley la autoridad de los antiguos.

El prefacio se inspira en Plinio y la obra se esfuerza en demostrar que nada aporta a la cultura lo que no es útil, desde que la ciencia es para el hombre y no éste para aquella. Por ello no faltan los detalles extraordinarios, que llama *miracula*, como ser la existencia de escitas antropófagos y otras rarezas, que presenta con el sabor de una gran curiosidad y deja de lado las discusiones ociosas sobre hechos históricos. Por ello también se evitan de lado todas aquellas cosas que no sean útiles para la vida, considerando que la sabiduría es hija de la experiencia y la memoria. Del mismo modo condena la especialización y su consecuencia, el pedantismo, por lo que igualmente combate a los gramáticos.

Los especialistas han puesto en evidencia la relación de A. GELIO con la filosofía diatrúfica, de origen estoico, y que tuvo gran aceptación en el mundo greco-romano en los dos primeros siglos de la era cristiana. Precisamente, los únicos contemporáneos que cita son los enrolados en esta corriente de pensamiento y entre los antiguos, los elogios son para Catón, cuyos dichos se los pone a la par de los de Sócrates y Diógenes, y que resulta ser un héroe indiscutido en el ejercicio de las virtudes.

## V. La presentación de los temas

No siempre los breves capítulos de las *Noches Aticas* constituyen notas de lecturas, ya que algunos introducen a los maestros y amigos del autor; también el escenario aparece descrito con sus circunstancias peculiares, aportándole al relato un toque de color. También acude a los *memorabilia*, frases y actitudes de los maestros recordadas por sus discípulos. Y no faltan —como en tantos otros libros de la antigüedad— los banquetes con animados diálogos.

Muchas veces los capítulos concluyen con una *sententia* brillante, con la que se corona un tema más o menos breve, que en ocasiones sintetizan un juicio literario. Cuando se trata de una cuestión moral de carácter casuista, A. GELIO introduce conversaciones esquemáticas, las que no son imaginarias aunque sí están indudablemente sintetizadas.

Una sola vez se vale de una fábula de Esopo y deja totalmente de lado la mitología, pero al igual que tantos autores de la antigüedad, acude al diálogo, en el que predomina la simplificación propia del espíritu de la diatriba. Y cuando el diálogo es con un gramático se desarrolla conforme una dialéctica agresiva de la más pura tradición socrática. Pero, en síntesis, cabe concluir que la erudición le importa más que la moral y se da la paradoja de un erudito que reniega de ella.

Tuvo A. GELIO sus predesores entre los griegos, pero entre los autores latinos solamente Varrón presenta una mezcla entre tradición y la tradición diatribica. De todos modos, se trata de una obra original, que presenta un amplio panorama de la sabiduría antigua incluyendo —como se lo presentó en el N° I— bastantes temas atinentes al derecho de su patria.

Concluida la semblanza del autor y acerca de las características generales de la obra, se entrará en materia analizando algunos textos de las *Noches Aticas*, que aportan interesantes materiales jurídicos, reiterando que sólo se lo hará en materia del derecho privado.

## VI. El *ius testamenti factio* de las vestales

Como se sabe, las vírgenes vestales, vivían consagradas a la diosa Vesta y se dedicaban a mantener vivo el fuego sagrado de la ciudad. Éste se relacionaba con el agua, ya que la posesión de ambos elementos vinculaba al ciudadano con la *civitas*: los expatriados eran objeto de la *aquae et ignis interdictio* [prohibición del agua y del fuego]. La mítica madre de Rómulo y Remo, Rea Silvia, fue una vestal que concibió los mellizos por su unión con el dios Marte. Precisamente por haberse unido a un dios, no sufrió las consecuencias de haber violado su deber de conservar la virginidad: la pena era de muerte y el medio de ejecución, el enterramiento viva.

Sabido es, por otra parte, que las mujeres púberes *sui iuris*, en el derecho arcaico y preclásico, carecían de capacidad para testar, situación que fue variando paulatinamente y en tiempos de Adriano un senadoconsulto suprimió la exigencia de fingir una *coemptio* para que

pudieran testar (*Gai*, 2, 112 y 113). Pero las vírgenes vestales fueron una excepción, tal como lo atestigua A. GELIO: *Virgo autem Vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione a patris potestae exit et ius testamenti faciundi adispicitur* (1, 12, 9) [Una virgen vestal, una vez tomada y conducida al atrio de Vesta y entregada por los pontífices, aun sin emancipación y sin mengua de la capacidad, sale de la potestad paterna y adquiere el derecho de otorgar testamento].

Este pasaje además de poner de manifiesto que las vestales una vez consagradas como tales, no solamente tenían capacidad para testar, sino que también por esa misma situación salían de la potestad del *paterfamilias*, sin necesidad de emancipación y sin mengua de la capacidad. Ello por cuanto la divinidad no permitía impedimentos en sus servidores, ya que a ello repugnaba el sometimiento al poder paterno o al de un tutor. Va de suyo, que en virtud de la emancipación de la *patria potestas*, las vestales no podían heredar *ab intestato* (L. XII Tab., 4, 5), pero nada obstaba a que pudieran adquirir por testamento. Esto lo aclara las propias *Noches Aticas*: *Praeterea in Comentariis Labeonis, quae ad Duodecim Tabulas composuit, ita scriptum est: "Virgo Vestalis neque heres est quiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt. Id quo iure fiat, quaeritur"* (1, 12, 18) [Además, en los Comentarios a las XII Tablas compuesto por Labeón, está escrito: "La virgen vestal no hereda a nadie sin testamento, ni nadie hereda a ella sin testamento y se dice que sus bienes vuelven al erario público. Se pregunta cual sea la razón jurídica de ello"].

Pero además de estas consecuencias jurídicas derivadas de la situación de ser virgen vestal, no solamente en el párrafo transcrito sino a lo largo de todo el capítulo, se emplea con asiduidad el verbo *capio* (*cepi*, *captum*, de la 3ª conjugación), referido a las vestales. Verbo ampliamente conocido en derecho, ya que integra vocablos como *usucapio*, *mancipatio*, etc. Así, cuando se refiere a la edad para ser vestal, escribe: *Qui de virgine capienda scripserunt, quorum diligentissime scripsit Labeo Antistius, minorem quam annos sex, maiores quem annos decem natam negaverunt capi fas esse* (1, 12, 1) [aquellos que escribieron sobre la toma de las vírgenes, entre quienes escribió puntualmente Labeón, negaron que puedan ser tomadas menores de seis años o mayores de diez]. De cómo era la captura, dice: *De more autem rituque capiundae virginis litterae quidem antiquiores non extant, nisi quae capta prima est a Numa rege esse captam* (1, 12,

10) [Acerca de la costumbre y el rito como se hace la toma no restan documentos antiguos, sino que la primera de las tomadas fue cautiva del rey Numa].

El empleo del verbo *capio*, que tiene el sentido de tomar, asir, coger, agarrar, capturar, para significar cómo eran separadas para este oficio las vestales, tiene su explicación en el mismo capítulo, cuando dice: *Capī autem virgo propterea dici videtur, quia pontificis maximi manu presa ab eo parente in cuius potestate est, veluti bello capta abducitur* (1, 12, 13). *In libro primo Fabii Pictoris, quae verba pontificem maximum dicere oporteat, cum virginem capiat, scriptum est. Et verba haec sunt: "Sacerdotem Vestalem, quae sacra faciat quae ius siet sacerdotem Vestalem facere pro populo Romano Quiritibus, uti quae optima lege fuit, ita te, Amata, capio"* (1, 12, 14). [Parece que se dice que la virgen es tomada porque el pontífice máximo pone la mano sobre ella para retirarla de la potestad del padre en la que está, como en la guerra se aparta el prisionero. En el libro I de Fabio Pictor están escritas las palabras que el pontífice máximo debía pronunciar cuando tomaba una virgen. Estas son las palabras: "Para los ritos sagrados que una virgen vestal debe cumplir en pro del pueblo Romano y de los Quirites, en tanto que elegida por la óptima ley, a tí, Amata, te tomo como sacerdotisa vestal"]. Pero, conforme piensa A. GELIO, el verbo *capio* no era exclusivo de la consagración de las vestales, aportando varios testimonios de su empleo también para la de otros sacerdotes: los pontífices, los augures y los flámenes (1, 12, 15 a 17).

Una explicación más profunda sobre el empleo de este verbo en la elección de las vestales y otros sacerdotes, la proporciona von Ihering, quien señala que *capio* tiene dos usos: el primero, la adquisición de las cosas y el segundo, un carácter religioso, ya que cuando los hombres vivían de la rapiña y ella era la base del dominio, los dioses se procuraban sus servidores por el mismo medio<sup>6</sup>. Esta es la primer enseñanza que proporcionan las *Noctes Atticae* y que puede ser presentada como un arquetipo de como habrán de ser tratadas las sucesivas.

## VII. Extensión del día

Cuando el ilustre codificador argentino dispuso que "el día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche" (art. 24, Cód. Civ.), no hizo más que seguir una antigua y arraigada tradición roma-

<sup>6</sup> *El espíritu del Derecho Romano*, Madrid, s.f., I, 1, 1, N°10, págs. 134/138.

na, tal como lo ilustra A. GELIO. Apoyándose en la autoridad de Varrón (*Rerum humanarum*), recuerda que este autor dice que las personas nacidas en un intervalo de veinticuatro horas, que va de la medianoche a la medianoche siguiente, son nacidas el mismo día (3, 2, 2). Y trae a colación que los atenienses consideraban que el día iba desde la puesta del sol hasta la siguiente; que los babilonios llamaban día al espacio entre cada salida del sol y que para los umbros iba de mediodía a mediodía (3, 2, 4 a 6).

Y aporta pruebas acerca del caso. Así, precisa que los sacrificios hechos por la noche, son datados ese día (3, 2, 8) y que los cumplidos en las seis últimas horas de la noche se consideran como efectuados el día que sigue (id., 9). Agrega que los magistrados cuando deben consultar los auspicios el mismo día, lo hacen después de la medianoche y actúan después del mediodía de ese mismo día (id., 10); también, dado que los tribunos de la plebe no pueden ausentarse de Roma ni un solo día, si parten después de la medianoche y regresan antes de la siguiente medianoche, han pasado parte del día en la ciudad (id., 11).

La cuestión era importante con respecto al *trinoctium*, interrupción de la cohabitación que impedía que la mujer cayera bajo la *manus maritalis*, cuando regía la antigua forma matrimonial conocida por *usus*, tal como lo atestigua Gayo: *Usu in manu convenientibus quae anno continuo nupta preservabat; nam veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII Tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum marite convenire, et quotannis trinoctio abesset atque eo moso usum cuiusque anni interrupteret.* (1, 111) [Quedaba sometida a la *manus* por el uso aquella que por un año continuo permanecía con su marido; es como si fuera usucapida por una posesión anual, pasaba a la familia del hombre ocupando el lugar de hija. Pero la ley de las XII Tablas estableció que si ella no quería quedar sujeta a esta potestad, se ausentara tres noches cada año y de este modo interrumpía el *usus* de ese año].

Así A. GELIO nos dice al respecto que *Q. quoque Mucium iurisconsultum dicere solitum legi, non esse usurpatam* <sup>7</sup> *mulierem, quae, cum kalendis ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim*

<sup>7</sup> Según Paulo, *usurpatio est usucapionis interruptio* (D., 41, 3, 2) la usurpación es la interrupción de la usupación.

*posse impleri trinocium, quod abesse a viro usurpandi causa est ex "duodecim Tabulis" deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterium anni essent, qui inciperet ex kalendis* (3, 2, 12-13). [Del jurisconsulto Q. Mucio (Escévola) leí que solía decir que no está usurpada, una mujer que por causa de matrimonio inició la convivencia con un hombre en las calendas de enero e hizo la usurpación el día cuarto anterior a las calendas de enero siguientes (29 de diciembre). Porque no se completaron las tres noches de abandono que para usurpase del marido se debían según la ley de las XII Tablas, porque las seis horas posteriores de la tercer noche pertenecen al año siguiente que comienza en las calendas]. Si bien hay que tomar en consideración que esta forma matrimonial hacia fines de la república había caído en desuso.

Finalmente, apela a la autoridad de Virgilio (*Aen.*, 5, 738), quien dijo:

*Torquet, inquit, medios nox umida cursus*

*Et me saevus equis oriens afflavit anhelis.* [Declina, dice, la noche húmeda su curso y su mitaddy cruel sopla sobre mí sus alientos equinos]. Comenta que en estos versos que el día civil de los romanos comenzaba a la sexta hora de la noche (3, 2, 14-16).

### VIII. Extensión de los alimentos

El capítulo 1 del libro IV de las *Noches Aticas* resulta una clara muestra de la versatilidad de su autor, ya que después de recrear una conversación entre el filósofo Favorino y un gramático pedante, tenida al estilo socrático, dedica los cuatro últimos párrafos a la crítica del concepto de alimentos (*penus*). Escribe *que praeterea de penu adscribendum hoc etiam putavi, Servium Sulpicium in "Reprehendis Scaevola Capitibus" scripisse Cato Aelio placuisse, non quae esui y potui forent, sed thus quoque et cereos in penus esse, quod esset eius ferme rei causa comparatum* (4, 1, 20) [Además, en materia de alimentos pensé, siguiendo a Servio Sulpicio, en "Crítica a capítulos de Escévola", siguiendo la opinión de Cato Elio<sup>8</sup>, que integran los alimentos no sólo lo que se como y bebe, sino también el incienso y los cirios y aquello que sirve para causas similares]. Agrega que Masurio Sabino en el segundo libro del derecho civil, sostiene que eran parte de los alimen-

<sup>8</sup> Se trata de Sexto Elio Peto Cato, autor de *Tripertita* y que según Pomponio es "un libro que contiene los rudimento del derecho" (D., 1, 2, 38).

tos las provisiones para los animales de los que se sirve el amo (4, 1, 21) y que la leña, varas, carbón, que sirven para preparar las comidas, también los integran (4, 1, 22).

Mucho tiempo después, Ulpiano vuelve sobre la cuestión en un texto que resulta confirmatorio y aclaratorio de lo que sostiene A. GELIO. Dice que *ligna et carbones, ceteraque, per quae penus conficere-tur, an penori legato contineantur, quaeritur. Et Quintus Mucius et Ofilius negaverentur; non magis quam molae, inquirunt, continerentur. Idem et thus et ceras contineri negaverunt. Sed Rutilius et ligna et carbones, quae non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sextus autem Caecilius etiam thus, el cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit.* (D., 33, 9, 3, 9) [Se pregunta si comprenderán en el legado de alimentos la leña, el carbón y las demás cosas con que se los prepara. Quinto Mucio y Ofilio lo negaron, como tampoco los integran las piedras de moler. Igualmente negaron se contuvieran el incienso y la cera. Pero Rutilio dice que se comprenden la leña, y el carbón que no se destinen a la venta. Y Sexto Cecilio añade en el legado el incienso y los cirios destinados al uso doméstico].

## IX. El vicio y la enfermedad en el edicto del edil

Notorio es que los ediles curules disponían del *ius edicendi* (Gai., 1, 6) y en su condición de supervisores de los mercados publicaron sus edictos, introduciendo los remedios para los vicios redhibitorios en las ventas de esclavos y animales: se trata de las aa. redhibitoria y *quanti minoris* (cfr. D., 21, 1, 1, 1; 21, 1, 23, 27; 21, 1, 31, 11; 21, 1, 38, 3 y 19, 2, 22, 3). A. GELIO, en 4, 2, desarrolla el tema de la diferencia entre los conceptos de *morbis* y *vitium* en dichos edictos.

Escribe que *In edicto aedilium curulium, quae parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: "Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita un intellegi recte possit quid morbi vitium cuiusque sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit"* (4, 2, 1) [En el edicto de los ediles curules, en la parte de la venta de esclavos, así está escrito: "En el título de cada esclavo se escriba de modo inteligible cuál sea la enfermedad o vicio que lo afecten, si es vago o fugitivo o si no es entregado noxal"]. Prosigue que los antiguos (*veteres*) jurisprudentes consideraron si lo recto era llamar al esclavo enfermo o vicioso y en qué difiere la enfermedad del vicio (4, 2, 2).

Añade que Celio Sabino, en el libro que escribió del edicto de los ediles curules, recuerda que Labeón así definió la enfermedad: *Mor-*

*bus est habitus eiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deterio-rem* (4, 2, 3) [La enfermedad es un estado del cuerpo contrario a la naturaleza, que lleva a su uso defectuoso]. Distingue y ejemplifica entre la enfermedad que afecta todo el cuerpo de aquella que sólo a una parte (4, 2, 4) y dice que la tartamudez es más un defecto congénito que una enfermedad, así como el caballo que cocea o muerde es vicioso y no enfermo. Hilando más fino agrega que lo que es enfermedad es también vicio, pero no al contrario; quien padece un vicio no es enfermo, pero de un esclavo enfermo la gente se pregunta cuanto bajará su precio por presentar este vicio (4, 2, 5).

La cuestión se vuelve más interesante, ya que seguidamente aborda el tema de las incapacidades para engendrar, tanto en varones como en mujeres. En lo que atañe a los eunucos *Labeonem respondisse aiunt redhibere posse quasi morbosum; sues etiam feminae si steriliae essent et venum issent, ex edicto aedilium posse agi Labeonem scripsisse* (4, 2, 7 y 8) [Labeón respondió que procedía la redhibición como un enfermo; y también que si mujeres estériles eran vendidas —escribió Labeón— que se podía accionar conforme el edicto del edil]. Pero si se trataba de mujeres estériles de nacimiento, Trebacio contradujo a Labeón, ya que éste pensaba era un caso de redhibición por no estar sana, pero aquel sostenía que por ser una falla congénita, la acción era inviable, siendo el fundamento de esta opinión que la esterilidad congénita constituía un estado permanente y normal de esa mujer y no algo transeunte, como lo puede ser la enfermedad o el vicio. Pero si no podía concebir por razón de una enfermedad, no podía pasar por mujer sana y la acción redhibitoria tendría andamio (4, 2, 9 y 10).

Luego aparece el casuismo, acerca de los miopes o de quienes carecían de un diente, y recuerda que Labeón afirmaba que como todos los hombres nacen sin dientes, todos serían enfermos (4, 2, 11 y 12). También precisa A. GELIO, que para los antiguos jurisconsultos la diferencia entre enfermedad y vicio radica en que éste es perpetuo y aquella transitoria (4, 2, 13). Concluye con un texto de Masurio Sabino del libro II del derecho civil, en el que dijo que los locos, mudos e inválidos son enfermos, en cambio quien es corto de vista está tan enfermo como quien corre lentamente (4, 2, 13).

## **X. La superstición del divorcio**

Vale la pena apropiarse del título de un conocido libro de Cherterton para designar el presente parágrafo, ya que las *Noches Aticas*

atestiguan que en los primeros siglos de Roma y no solo en ella sino también en el resto del Lacio, el divorcio era algo desconocido. Las virtudes que en alto grado vivieron los ciudadanos tanto del período monárquico como de los primeros siglos de la *res publica* excluían la frivolidad del divorcio y tal vez sin haberlo desarrollado expresamente, tenían la convicción que tal institución debilitaba la sociedad y de seguro que la incolumidad del vínculo matrimonial fue una causa coadyuvante de la grandeza de Roma. Dada la importancia del testimonio que presenta, conviene transcribirlo por entero.

*Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus* (4, 3, 1). [La tradición nos dice que aproximadamente quinientos años después de fundada Roma no existían acciones ni cauciones relativas a los bienes dotales ni en la ciudad de Roma ni en el Lacio, dado que realmente no se las deseaba, ya que entonces ningún matrimonio se divorciaba].

De todos modos, alguna vez alguien se le ocurriría divorciarse por la primera vez, y se trata de un caso curioso, ya que el primer marido que acudió a este expediente, lo hizo por una causa noble: la imposibilidad de engendrar de su mujer. Lo que en opinión de Lévy-Bruhl, demuestra la íntima relación entre matrimonio y procreación<sup>9</sup>. El texto dice: *Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit "de dotibus", tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio, P. Valerio consulibus*. [También escribió Servio Sulpicio en el libro que compuso "de las dotes", que se consideraron necesarias por primera vez las cauciones dotales, cuando Spurio Carvilio, cuyo cognomen fue Ruga, varón noble, se divorció de su mujer por cuanto ella no podía engendrar a causa de un defecto corporal, en el año 523 de la fundación de la ciudad (230 AC), consulado de Marco Atilio y Publio Valerio].

Pero por encima de los libros, de los jurisprudentes y de tantas cosas como cuenta A. GELIO, está el drama de dos enamorados que vaya a saber porque oscuros designios debieron sacrificarse. *Atque is Carvilius traditur uxorem quam dimisit egregie dilexisse carissima-*

<sup>9</sup> *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, p. 69, n. 16.

*mque morum eius gratia habuisse, sed iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse quod iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum* (4, 3, 2). [Este Carvilio según la tradición tenía por la mujer que repudió un afecto extraordinario y muchísimo la amaba a causa de su temperamento, pero prevaleció el respeto al juramento sobre el afecto y el amor, por cuanto los censores lo habían obligado a jurar de tomar mujer para tener hijos]. Acerca de este juramento cabe acotar que tuvo su origen en la celebración de matrimonios ficticios para evitar los perjuicios del celibato, tal como lo disponían las leyes Julias sobre el matrimonio, y lo impusieron los censores para remarcar que se lo debía celebrar con una intención formal y tenía por objeto impedir las uniones simuladas<sup>10</sup>. Más adelante (4, 20, 2-3) proporciona la fórmula del juramento: *Censor agebat de uxoris solemne iusiurandum. Verba erant ita concepta: "Ut tu ex animi tui sententia uxorem habes"* [Un censor tomaba el juramento habitual de los esposos. La que así estaba concebida: "Conforme tu alma y tu corazón tienes mujer"].

## XI. De porqué los cónyuges se llaman esposos

En el capítulo IV del libro que lleva el mismo número, A. GELIO transcribe largamente un pasaje de "*de dotibus*" de Servio Sulpicio Rufo, que trata de cómo se celebraban los sponsales en el Lacio, lo que como se verá estaba íntimamente ligado a la antigua forma obligacional llamada *sponsio*. Dice: *Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur, eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia. Tunc, quae promissa erat "sponsa" appellabatur, qui sponderat ducturum, sponsus* (4, 4, 2). [Quien quería tomar mujer obtenía por estipulación de quien debía entregarla la promesa de darla, pero él también se obligaba por medio de *sponsio*. Este contrato de estipulación y *sponsio* se llamaba sponsales. En ese entonces la prometida era llamada "esposa", y quien por *sponsio* se obligaba a tomarla, esposo].

Se ha puesto de manifiesto que el pasaje precedente es la primera referencia al concepto de contrato, debida al jurisprudente susodicho, para quien las *sponsiones* recíprocas de quienes van a contraer matrimonio constituyen un contrato<sup>11</sup>. Y estas obligaciones genera-

<sup>10</sup> *vid.* von Ihering, *op. cit.*, 4, N° 73, p. 289.

<sup>11</sup> d'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, N°460, n. 2, p. 524.

ban acción, tal como prosigue el párrafo de S. Sulpicio. *Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aun non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecuniam aestimabant, quintique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui sponderat ei qui stipulatus erat, condemnabat* (4, 4, 2). [Si después de estas estipulaciones la mujer no era dada o no era tomada, el que había estipulado accionaba *ex sponsu*. Los jueces conocían de la causa. El juez indagaba por qué la mujer no había sido dada o aceptada. Si no encontraba justa causa, estimaba en dinero el valor del pleito cuanto importaba que la mujer no había sido dada o aceptada y condenaba a pagarlo sea a quien había prometido, sea a quien se le había prometido].

Concluyen las *Noctes Atticae* señalando que el mentado jurisconsulto dijo que estos esponsales eran observados desde que la ciudadanía había sido extendida a todo el Lacio por le ley Julia. Y agrega que Neracio Prisco en *de Nuptiis* había expuesto igual opinión (4, 4, 3).

## XII. Adopción y adrogación

En el cap. 19 del libro V, las *Noches Aticas* tratan de los temas indicados en el epígrafe. Al respecto lo primero a que se refiere es a la forma: *Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit aut per populum* (5, 19, 1). [Cuando en una familia ajena los extraños ocupan el lugar de los hijos, se lo hace ante el pretor o ante el pueblo]. Y aclara seguidamente *quod per praetorem fit, adoptatio dicitur, quod per populum, adrogatio* (5, 19, 2). [Cuando se hace ante el pretor, se llama adopción y cuando ante el pueblo, adrogación].

Pero, como la distinción entre adopción y adrogación no está en la forma del acto, explica claramente que aquella tiene lugar cuando los hijos son cedidos por el padre bajo cuya potestad se encuentran mediante una triple *mancipatio* pasada ante el magistrado, siendo reivindicados por el adoptante (5, 19, 3), aunque en realidad el trámite era bastante más complicado, tal como lo atestigua Gayo (1, 134). En cambio la adrogación procede cuando es un *sui iuris* quien entra en la potestad de otro, siendo ellos mismos los responsables del acto (5, 19, 4).

Dados los importantes efectos de la adrogatio —la *capitis deminutio* del adrogado— no se la llevaba a cabo a la ligera y sin una previa

investigación (5, 19, 5). En efecto, por iniciativa de los pontífices se convocaban los comicios (calados, en tiempos históricos reemplazados simbólicamente por treinta lictores), tomándose en consideración la edad del adrogante por si no era más propio que engendrara sus propios hijos; si no se trataba de una maniobra para apoderarse de los bienes del adrogado, debiendo pronunciarse después del acto el juramento concebido por el pontífice máximo Q. Mucio Escévola (5, 19, 6), estando vedada la adrogación de impúberes (5, 19, 7). En cuanto al nombre del instituto, le viene de la *rogatio* que se le hace al pueblo (5, 19, 8). Transcribe la fórmula que pronunciaba el adrogante ante los comicios curiados (calados, en razón de la convocatoria pontifical), que decía: *Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo* (5, 19, 9). [Quered y ordenad que Lucio Valerio sea para Lucio Ticio un hijo conforme el derecho y la ley, como si él hubiera nacido del padre y la madre de su familia; que tenga sobre él poder vida y de muerte como un padre lo tiene sobre su hijo. Conforme lo dije, así Quirites os lo ruego].

Añade AULO GELIO que ni un pupilo ni una mujer que esté bajo la potestad de su padre, pueden ser sujetos de la adrogación, dado que media incompatibilidad entre una mujer y los comicios y es un sacrilegio que la autoridad y potestad de los tutores sea tan grande como para someter al poder de otro a un hombre libre (5, 19, 10) y es de resaltar que el autor distingue en el tutor entre *auctoritas* y *potestas*, en cambio que la definición de Servio (D., 26, 1, 1) habla de *vis ac potestas*.

Atribuye a Masurio Sabino —discípulo de Capitón— haber escrito que los libertos podían ser adoptados por ingenuos (5, 19, 11), pero en cambio que no está permitido ni se lo permitirá, que los libertos por la adopción alcancen la categoría de ingenuos (5, 19, 12). Añade el nombrado jurisprudente que si el antiguo derecho es conservado, también un esclavo podía ser dado en adopción ante el pretor por su dueño (5, 19, 13), señalando además que conforme muchos autores antiguos, ello podía ser (5, 19, 14). Concluye el tema aludiendo a un discurso del censor P. Escipión ante el pueblo, titulado “*de Moribus*”, criticando como contrario a las viejas usanzas que un hijo sea adoptado por las ventajas que ello reportaban al padre (5, 19, 15), en estos términos: *In alia tribum patrem, in alia filium suffragium ferre, filium adoptivum tam procedere quam si se natum habeat; absentis censeri iubere, ut ad censum nemini neccessus sit venire* (5, 19, 16). [En una

tribu vota el padre, en otra el hijo y el hijo adoptivo da tantas ventajas como si fuera de sangre; se hacen censar los ausentes, aunque no es necesario que nadie venga al censo].

### XIII. De la ley y el plebiscito

Otro de los temas interesantes que presentan las *Noches Aticas* es el referido a los conceptos de ley, *rogatio*, plebiscito y privilegio, desarrollado en el cap. 20 del libro X. Allí, luego de entrar en materia, aporta una definición de Capítón, de quien afirma que es muy experto en derecho público y privado, la que dice: "*Lex*", *inquit, est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu* (20, 10, 2). [La ley es una decisión general del pueblo o de la plebe conforme la interrogación de un magistrado]. Compárese esta definición con la más escueta que proporciona Gayo: *Lex est quod populus iubet atque constituit* (1, 3). [La ley es lo que el pueblo establece y constituye]. Y ésta, si bien más nueva es menos precisa, ya que en modo alguno el pueblo decide algo si no lo es a través de la convocatoria y propuesta de algún magistrado. Sobre el carácter general de la ley se expide indirectamente A. GELIO, al presentar algunos casos de decisiones de la asamblea referidas a casos particulares (10, 20, 3). Estos —prosigue— se denominan privilegios *quia veteres "priva" dixerunt quae nos "singula" dicimus* (10, 20, 4) [porque los antiguos llamaron *priva* a los que nosotros llamamos singular]. Y como primaba en él el erudito del idioma, aporta un ejemplo del empleo del vocablo *priva* en el sentido de individual, en una sátira de Lucilio.

Siguiendo al mismo jurisprudente, precisa que la plebe es un conjunto del que las gentes patricias están excluidas (10, 20,5). Y define el plebiscito en estos términos: "*Plebiscitum*" *igitur est secundum eum Capitonem lex, quam plebes, non populus, accipit* (10, 20, 6). [En cambio el plebiscito es, según el mismo Capítón, la ley que adopta la plebe, no el pueblo]. En este caso, se omite la referencia a la ley Hortensia que aparece en Gayo 1, 3, que habría otorgado validez universal a las decisiones de la plebe, aserto, por lo demás, de dudoso valor.

El pensamiento que desarrolla seguidamente no acude a autoridad jurídica alguna, lo que permite suponer que sea propio del autor. Se refiere a la *rogatio*, a la que considera como origen y fuente de estas cuestiones <sup>12</sup>. Y dice: *Ista enim omnia vocabula censetur continenturque "rogationis" principali genere et nomine; nam, nisi populus*

<sup>12</sup> Sobre la metáfora *fuerite*, vid. d'Ors, op. cit., N° 2, n. 1, p. 28.

*aut plebs rogetur, nullum plebis aut populi iussum fieri potest* (10, 20, 8). [Porque todos estos vocablos se expresan y contienen en el nombre principal y general de *rogatio*, porque si el pueblo o la plebe no son interrogados, nada puede establecer el pueblo o la plebe]. Este concepto lo reafirma puntualizando que para los antiguos estas palabras en poco diferían ya que le han dado a plebiscitos y privilegios el nombre tradicional de ley, a todo lo cual le aplicaron el confuso nombre de *rogatio*, que abarca tanto los privilegios como la ley (10, 20, 9). Y pone de resalto que el mismo Salustio, tan atento a la propiedad de los vocablos, cedió a la costumbre de llamar ley al privilegio (10, 20, 10).

#### XIV. Sobre el hurto

El capítulo XVIII del libro undécimo está dedicado al hurto, para lo que comienza reseñando las penas que por este delito habían establecido en Atenas sus legisladores Dracón y Solón, a quienes considera severos en extremo (11, 18, 1 a 5). Agrega que nuestros decenviros una vez caída la monarquía escribieron en Doce Tablas las leyes de las que se valdría el pueblo romano, no fueron tan severos pero tampoco extremadamente laxos (11, 18, 6). Pero se trata del prototipo de delito privado (a los delitos públicos los romanos los llamaban *crimenes*) que da lugar a una obligación penal <sup>13</sup>.

Precisa que estas leyes autorizaron matar al ladrón en casos de hurto manifiesto si éste se cometía de noche o siendo día si el ladrón se defendía con un arma cuando se lo prendía (11, 18, 7). Para los demás autores de un hurto manifiesto, permitieron que siendo el ladrón un hombre libre fuera azotado y adjudicado [*addicique*] a la víctima; Gayo (3, 189) señala que se discutía entre los antiguos se convertía en esclavo o *adiudicatus*, o sea alguien sobre quien se podía ejecutar la *manus iniectio*, pero GELIO se inclina por esta segunda posibilidad <sup>14</sup>. Pero si se trataba de un esclavo ladrón además de los azotes se lo precipitaba por la roca (Tarpeya), con lo que concluía su vida terrena. Al respecto precisa Gayo que todas estas penas fueron mitigadas por el pretor, que redujo la pena en estos casos al cuádruplo del valor de la cosa (3, 189), concepto que mucho antes se había sostenido en las *Noches Aticas* (11, 18, 10). Si el ladrón era un menor impúber, debían ser azotados a criterio del pretor y *noxiamque ab his factam sarciri* (11, 18, 8) [y resarcir los daños por este hecho].

<sup>13</sup> d'Ors, op. cit., N° 368, p. 430.

<sup>14</sup> Levy-Bruhl, op. cit., p. 148.

La misma pena que por el hurto manifiesto le cabe al ladrón descubierto por el platillo y taparrabos [*lance licioque*] (11, 18, 9), ya que el efecto de esta pesquisa era darle a tal hurto carácter de manifiesto. El susodicho jurisprudente califica a esta ley de ridícula, dado que impide investigar el hurto si la víctima estaba vestida o desnuda, y agrega que el plato de poco servía si el objeto buscado era de mayor tamaño que éste (Gai., 3, 193). Pero el propio A. GELIO enseña que este arcaico procedimiento caducó con el advenimiento de la ley *Aebutia* (16, 10, 8), dada tal vez a mediados del s. II AC.

Para definir el hurto manifiesto, el autor acude a la autoridad de Masurio Sabino, quien dice *quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est cum perlatum est quo ferri coeperat* (11, 18, 11) [el que es descubierto cuando se lo hace. Se consuma cuando el fin comienza a realizarse o cuando se empieza a llevarse la cosa]. Concuerda con ello Gayo (3, 184), quien agrega que también lo es cuando el ladrón es sorprendido en el lugar en que lo comete; o si se lo ha llevado a cabo en una casa en la que el ladrón permanece; también cuando el ladrón transporta lo hurtado hacia su destino. Agrega que no ha prevalecido la opinión de quienes también consideran *furtum manifestum* en los casos en que el ladrón haya sido visto con la cosa ajena en sus manos. Mucho después, Ulpiano, comentando al susodicho Masurio Sabino, dice que es ladrón manifiesto *qui deprehenditur com furto* (D., 47, 2, 3, pr.) [quien es sorprendido con el hurto]; y luego, apoyándose en la autoridad de un secuaz del nombrado —Salvio Juliano— agrega que también es un caso de hurto manifiesto aquel en que aunque no sea sorprendido donde consumó el hurto, sí hubiese sido sorprendido con la cosa hurtada antes de llevarla al destino final que le había previsto (id., N°2).

Siglos después, el santo obispo de Hipona narra lo que le sucedió a Alipio en el foro de Cartago, cuando alguien, un estudiante, con un hacha se hizo de la verja de plomo y ante los gritos de los banqueros protegidos por la balaustrada, la gente vio a Alipio con el hacha del ladrón en sus manos; por lo que lo confundieron con el delincuente y fue enjuiciado por cometer un hurto manifiesto <sup>15</sup>.

Agrega A. GELIO que la pena del hurto *conceptum* como la del *oblatum* es el triple del valor (11, 18, 12) y con respecto a estos y a otras instituciones arcaicas añade que se puede leer con interés el libro de Masurio Sabino titulado *de furtis* (compárese con Gai., 3, 183).

<sup>15</sup> SAN AGUSTÍN, *Confessiones*, 6, 14.

Precisa que aquel autor sostenía que el hurto no tenía por objeto solamente esclavos y cosas muebles, que se podían mover y trasladar oculta-mente, sino también fundos y edificios; como que fue condenado por hurto un colono que vendió el fundo del que era conductor mediante la interversión de la posesión que ejercía su dueño (11, 18, 13). Y además es más inconcebible lo que cuenta el susodicho Sabino: uno fue juzgado por hurto por cuanto con su toga impidió que el dueño viera a su esclavo fugitivo que pasaba delante de él (18, 11, 14). Enseña también A. GELIO que el hurto llamado no manifiesto tiene una pena del duplo (11, 18, 15).

En una especie de derecho comparado, recuerda haber leído en el libro del jurisconsulto Aristón –*haudquaquam indocti viri* [varón de ningún modo indocto]– que entre los antiguos egipcios, hombres hábiles en la ciencia e investigación, los hurtos eran lícitos e impunes (11, 18, 16). Y según Diodoro la ley egipcia reglamentaba el hurto y la recuperación de las cosas hurtadas. Más curioso es el caso que presenta de los lacedemonios –*sobrios illos et acres viros* [hombres estos sobrios y enérgicos]– para quienes existía el derecho y el hábito del hurto, practicado por los jóvenes no como causa de lucro sino porque el ejercicio de esta actividad fortificaba el ánimo y los preparaba para la guerra, adquiriendo fortaleza y celeridad (11, 18, 17). Jenofonte, en *La ciudad de los lacedemonios*, insiste sobre la utilidad del hurto para la preparación militar pero eso sí, acompañada de severas sanciones para aquellos que pretendían medrar.

*Nihil novum sub sole* (Ecc., 1, 9). Sirvan estas palabras de proemio al siguiente párrafo de las *Noches Aticas* (11, 18, 18) en las que trae a colación la autoridad de M. Catón, en su discurso “*de praeda militibus dividenda*” [de la división del botín entre los soldados], en el que se refiere a la impunidad ante el peculado y la licencia. Y transcribe palabras que dice le pluguieron: *Fures, inquit, privatorum furtorun in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpura* [Los ladrones que hurtaron a los particulares pasan sus años entre cadenas y cepos, los ladrones públicos entre el oro y la púrpura]. Cualquier coincidencia con el presente de la Argentina es mera casualidad: Marco Porcio Catón vivió muchos siglos atrás (cónsul en el 194 AC), cuando ni se soñaba con la existencia del Nuevo Mundo y menos con un país del cono sur.

Finaliza el capítulo 18 –último del libro undécimo– con varias citas de Masurio Sabino todas ellas, claro está, relacionadas con el tema del hurto y extraídas del libro II *Iuris civilis*, donde dice que

quien pone la mano sobre una cosa ajena sabiendo que obra sin el consentimiento del dueño, es tenido por ladrón (11, 18, 20); también que si alguien se apodera de una cosa ajena abandonada por causa de lucro, es tenido por hurto, sepa o no quien es el dueño (11, 18, 21). Por último, el autor se refiere a la espiritualización del hurto conforme las enseñanzas del nombrado jurisprudente, ya que más que el apoderamiento importa la voluntad de hurtar (11, 18, 22) y ejemplifica diciendo *Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait quin dominus furti sit condemnandus qui servo suo uti furtum faceret imperavit* (11, 18, 23). [Acerca de lo cual es que Sabino dijo que no duda que más debe ser condenado por hurto el dueño a cuyo siervo le mandó cometer un hurto].

## XV. Proculeyanos y sabinianos

A veces algunos historiadores del Derecho Romano parecen exagerar cuando se refieren a estas corrientes o escuelas —sectas las denominó Pomponio (D., 1, 2, 2, 47)— del pensamiento jurídico del primer siglo de la era cristiana. Se los suele presentar como enemigos irreconciliables, contrarios los unos al nuevo régimen y partidarios del principado los otros. Lo más acorde con la verdad histórica es que los corifeos de estas escuelas discreparon en cuestiones muy puntuales, sosteniendo opiniones contrarias en temas específicos, diversidad de opiniones en puntos particulares<sup>16</sup>. Pero nada más, aunque es sabido que casi todos los sabinianos gozaron del *ius publice respondendi* (D., 1, 2, 2, 48) privilegio del que los proculeyanos solían carecer.

Además, las cabezas de ambas escuelas jurídicas han dado una muestra de urbanidad, educación y buenos modales, las que en muchos casos suelen faltar entre contemporáneos que se tienen por muy civilizados. *In quadam epistulam Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani iurisque civilis doctum adprime fuisse* (13, 12, 1). [Hemos leído en una carta escrita por Ateyo Capitón que Antistio Labeón conocía mejor que nadie las leyes y las costumbres del pueblo Romano así como el derecho civil].

Actitud caballeresca, digna de ser seguida por quienes por discrepar en algunos temas —importantes o no se tratan como enemigos,

<sup>16</sup> DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del derecho romano*, Madrid, 1954, p. 418.

cuando no acuden a la ironía, el desprecio o, lo que es peor, al silencio. Es que como lo presenta el viejo refrán, lo cortés no quita lo valiente y es de bien nacido admitir los méritos y virtudes de aquellos con cuyas ideas no se comulga (salvo, claro esta, que lo impida la envidia). Dogmas sólo los hay en la fe católica y son muy pocos, así que tratándose de materias opinables, se puede discrepar sin que para imponer el propio criterio haya que desmerecer al oponente. Lo escrito por Labeón, en justa alabanza de su contendor, constituye una gran lección para el presente digna de ser asumida.

## XVI. Aulo Gelio, juez

Un caso aparentemente difícil con connotaciones de cuestión de conciencia presenta el autor en el cap. XIV en el cual le tocó actuar como juez (seguramente que la fórmula estaría encabezada *Aulus iudex esto*). Con una notable responsabilidad, A. GELIO señala que cuando integró la nómina de los jueces, se informó cuidadosamente acerca de las cosas del proceso, comenzando por la propia *lex Iulia* (se trata, sin duda, de una de las dos leyes de ese nombre referidas al proceso formulario; vid. *Gai.*, 4, 30), las notas de Masurio Sabino y lecturas de otros jurisconsultos (14, 2, 1).

El caso sometido a la decisión de este autor versaba sobre un préstamo de dinero efectuado por un hombre honrado, de una buena fe conocida y acrisolada y de vida irreprochable a otro que no valía gran cosa, de vida desarreglada, lleno de perfidias y fraudes (14, 2, 5-6). Pero he aquí que el buen hombre carecía de medios para acreditar el mutuo: ni documentos ni testigos (14, 2, 4) a lo que había que añadir que sus muchos abogados defensores insistían en que el actor debía probar la entrega del dinero según las formas acostumbradas: *expensi lationes, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione* (14, 2, 7) [registro de gastos, cuentas del banco, exhibición de autógrafo, tablas suscriptas, deposición de testigos]. Esta nómina de medios probatorios merece algún comentario: las *expensi lationes* y las *mensae rationis* son pruebas documentales con las que se podía demostrar una acreencia, pero no se trata de las constancias del *codex accepti et expensi*, a las que Gayo llamó contratos literales (3, 128) que rato hacía que habían caído en desuso, sino de libros contables, sean de particulares o de banqueros.

Y agrega que si el actor no llegaba a probar el préstamo, no sólo se imponía la absolucón del reo sino la condena del demandante por

haber incurrido en calumnia –accionar sin razón y de mala fe (Gai, D., 50, 16, 233, pr.)– ya que se acciona ante un juez reclamando una suma de dinero y no ante los censores acerca de las costumbres (14, 2, 8). Esta situación preocupaba a AULO GELIO, quien vanamente pretendió consejo de amigos y como se resistía a absolver al malvado, postergó la decisión para el día siguiente y buscó la ayuda de su filósofo amigo, Favorino (14, 2, 9–11). Éste –más retórico que filósofo– luego de varias disquisiciones, aconseja al joven juez apoyándose en la autoridad de Catón en su discurso *pro L. Turio* contra Cn. Gelio: si se ventila algo entre dos y no se puede aclarar la cuestión ni por las tablas ni por testigos, debe inquirir el juez cual de los dos es el mejor, siendo los dos iguales, igualmente buenos o igualmente malos, crea a quien se le reclama la cosa y falle en su favor (14, 2, 21). Y en el caso concreto, le aconseja que le crea al virtuoso y condene al demandado, por ser aquel el mejor (14, 2, 23).

Pero parece que el novel juez no quedó muy convencido por las razones de Favorino, a las que consideró superiores a su edad y medianía. Por lo que se desprendió de la causa jurando que no la veía clara: *iuravi mihi non liquere atque ita iudicato illo solutus sum* (14, 2, 25). Señala d'Ors –que en estas cosas se suele mostrar implacable– que “la anécdota, pese a su fondo jurídico, revela el tratamiento superficial de un retórico; esto explica que se olvide el recurso natural cuando faltan pruebas del préstamo: el juramento”<sup>17</sup>, tal como surge de D., 44, 5, pr.

En efecto, en la etapa *apud iudicem* del procedimiento formulario, se podía zanjar la cuestión mediante el juramento decisorio –*iusiurandum in iure*– con el que el buen litigante podía probar en este caso el mutuo que le era negado. De haber acudido a este expediente, el autor hubiera tenido el elemento de convicción que le faltaba para poder pronunciar una sentencia justa. Ello por cuanto “cuando una de las partes juraba, su afirmación, por la sanción religiosa del juramento, debía de tener cierto valor en el ánimo del juez”<sup>18</sup>, tal como aparece en D., 12, 2, 1.

## XVII. Sobre el proceso civil

Los cinco últimos libros de las *Noches Aticas* abundan en referencias al proceso civil, esto es, el *ordo privatorum iudiciorum*, lo que no

<sup>17</sup> Op. cit., N° 105, p. 150.

<sup>18</sup> SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, N° 31, p. 245.

debe extrañar si no se deja de tener en cuenta que el Derecho Romano, más que un conjunto de normas o preceptos, fue un derecho de acciones. La compilación justiniana, eminentemente pragmática, dejó de lado de intento todo lo referente al proceso civil tanto del derecho clásico como del arcaico, que siglos hacía que estaba en desuso cuando se redactó el *Corpus Iuris Civilis*. La obra de Gayo es la que más material proporciona al respecto (sus libros III y IV están exclusivamente dedicados a las acciones), la que resulta complementada por numerosas referencias y comentarios contenidos en las fuentes literarias y la obra comentada no podía ser una excepción a ello.

Cuando el actor en una acción que pretende del demandado una suma de dinero —*actio certi*— y la prueba rendida resulta insuficiente, la cuestión se resuelve por medio del juramento obligatorio (D., 12, 2, 34, 6). A este respecto, A. GELIO recuerda que Laberio (mimógrafo del s. I AC) decía que el juramento era el emplasto de las deudas pecuniarías (16, 7, 14).

Notorio es que el *vadimonium* es la promesa de volver a comparecer *in iure* ante el magistrado. Para garantizar esta promesa, el demandado era garantizado por los *vades* (16, 10, 5), quienes asumían personalmente la carga de la comparencia. En esta materia, A. GELIO aporta una novedad: la existencia de *subvades* (16, 10, 8), sobre los que poco y nada se sabe, aunque la palabra sugiere que se debe tratar de garantes de los garantes.

Este autor atribuye a las XII Tablas (I, 8) una regla según la cual la *addictio* sería pronunciada por el juez. El texto dice *Post meridiem praesenti litem addicito* (17, 2, 10) [estando presente una de las partes después del mediodía se le adjudica el pleito], lo que suele ser interpretado en el sentido que faltando una de las partes, sea actor o demandado, se le da por ganado el caso a quien esté presente pasado el mediodía <sup>19</sup>.

La *legis actio sacramentum in rem*, primitiva forma de la reivindicación, aparece detallada en Gai., 4, 16–17, pero el manuscrito contiene una laguna. Esta deficiencia en parte aparece salvada en las *Noches Aticas*, en las que se describe un importante aspecto de esta antiquísima acción real. Las *Noctes Atticas* explican que “*Manum conserere*”. *Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager, sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re solemnibus verbis vindicare. “Vindicias”, is est correptio manus, in re*

<sup>19</sup> Vid., Lévy-Bruhl, op. cit., págs. 152/155.

atque in loro praesenti apud praetorem ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: "si qui in iure manum consuerunt". Sed postquam praetores, propagatis Italiae finibus, datis iurisdictionibus negotiis occupati, proficisci vindicarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur, institutum est, contra XII tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed ex iure manum consertum vocarent: id est, alter alterum ex iure ad conserendam manum in re de qua ageretur vocaret, atque profecti simul in agrum de quo litigabatur terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent, et in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent (20, 1, 7-10) ["Enlazar las manos". Pues se asía con la mano juntamente con el adversario, la cosa presente sobre que la se discutía en juicio, ya se tratara de un campo o de otra cosa, y se la vindicaba con palabras solemnes. "Vindicias", esto es, se hacía la aprehensión manual de la cosa o de la brida presente ante el pretor, en virtud de las XII Tablas, en las que estaba escrito: "si algunos entrelazan sus manos en juicio". Pero, una vez que los pretores, al ensancharse los límites de Italia, se vieron ocupados con sus asuntos en sus respectivas jurisdicciones y les era gravoso trasladarse hasta cosas lejanas para pronunciar las vindicias, se instituyó por tácito consenso contra la ley de las XII Tablas, que los litigantes no enlazaran sus manos ante el pretor en el juicio, sino que del juicio fueran ellos a hacer el enlace de manos; esto es, que el uno al otro se incitaran a ir a enlazar sus manos sobre la cosa de que se trataba y que, yendo juntos al campo objeto de pleito, trajeran al juicio, a la ciudad, algo de él como un terrón, y sobre ese terrón vindicaran como sobre todo el campo]. Comenta Scialoja <sup>20</sup> que este pasaje revela la íntima naturaleza de la *l.a. sacramentum*, a la que considera que contiene elementos de una época prerromana y que un procedimiento análogo aparece en la Grecia heroica, ya que tal procedimiento esculpió Vulcano en el escudo de Aquiles, tal como lo cuenta Homero.

Singular importancia adquieren los textos de A. GELIO referidos a la ejecución de sentencia, tema que ocupa todo el primer capítulo del último libro, testimonio valioso, ya que presenta aspectos poco conocidos del primitivo proceso civil romano. *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis XXX dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent, eosque dies decemviri "iustos" appellaverunt* (20, 1, 42-43) [Por tanto, de la deuda confesada y juzgada, se disponen de trein-

<sup>20</sup> Op. cit., p. 140.

ta días para su pago, y estos días fueron llamados “justos” por los decenviros]. Franca La Rosa <sup>21</sup> comenta que en la época arcaica contra quien ha confesado una deuda de dinero es posible actuar mediante la *manus iniectio*. Lo que el derecho clásico tardío expresa en la sentencia atribuida a Paulo: *confessus pro iudicatus est* (D., 42, 2, 1) [al confeso se lo tiene por juzgado]. Lo que no es más que la explicitación de lo que disponía la ley decenviral (III, 1).

Pero si el deudor no paga o no hay quien lo afiance, el acreedor lo puede llevar consigo, sujetarlo con grillos y cadenas que no pesen menos de quince (libras). Si el deudor lo quiere, que viva de lo suyo, sino que le dé pan todos los días (20, 1, 44–45). Pero conviene aclarar que este procedimiento está dirigido a vencer la pertinacia de quien pudiendo pagar, no lo hace. Tal es el *nexum*, de quien Varrón dice que así es llamado el libre en servidumbre con sus servicios por causa de la deuda, y hasta que pague abrumado por el metal (*de ling. lat.*, 7, 105). Y la ejecución prosigue: podían entre tanto pactar, pero si no se ponían de acuerdo se los mantenía encadenados por sesenta días y en este plazo, en tres mercados consecutivos debían ser conducidos ante el pretor, pregonándose la cantidad por la que habían sido condenados; pasados los tres mercados les imponían la pena capital o eran vendidos del otro lado del Tíber (20, 1, 46–47), que por entonces era territorio etrusco, esto es, extranjero. Se supone que la venta del deudor de una crueldad mucho menor, es de origen más reciente que la que dispone su muerte <sup>22</sup>. Y en caso de pluralidad de acreedores, las XII Tablas aparecían más crueles todavía: *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto* (3, 6) [Después de tres mercados, córtese en partes. Si se cortasen más o menos no hay fraude en ello], de lo que las *Noches Áticas* dan fe (20, 1, 49). Tales crueldades en tiempos de A. GELIO eran sólo un resabio de instituciones muy antiguas, que largo tiempo hacía habían caído en desuso. No obstante, las mentan tal como han sido expuestas tanto Quintiliano (*inst. orat.*, 3, 6, 51) como Tertuliano (*apolog.*, 4).

Una frase pone sobre el tapete la rigurosidad de la ejecución en los tiempos primitivos: *capite poneas dabant* (20, 1, 47) [pagaban sus penas (pecuniarias) con la vida]. Comenta Betti al respecto que estas palabras deben ser entendidas con el rigor de su sentido originario, o sea que pagaban el precio del rescate con la pena capital, dado que en

<sup>21</sup> La Rosa, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 29.

<sup>22</sup> La Rosa, *op. cit.*, p. 73.

la primitiva concepción el cuerpo humano equivale al dinero <sup>23</sup>. Concepto que tiempo después reitera Gayo: *hunc actor pro pecunia habet* (1, 140) [este actor lo tiene por una suma de dinero], bien que refiriéndose a tiempos pretéritos.

### XVIII. Miscelánea

Bajo este acápite se reúnen temas que A. GELIO trata muy de pasada, pero que no dejan de tener alguna importancia. Así, por ejemplo, con relación al testamento del derecho arcaico, que se otorgaba mediante la intervención solemne de los comicios calados, nuestro autor excluye que esta forma testamentaria coincida con la *detestatio sacrorum* (15, 27, 3), ya que si bien ambos tenían lugar mediante el mismo tipo de comicio, el fin que los convocaba era diferente. En un caso, otorgar testamento, en el otro, la renuncia al culto familiar.

Con respecto a la *lex Voconia* (169 AC), que limitó el importe de las herencias que podían recibir las mujeres, y que fue iniciativa del tribuno Q. Voconio Saxa, dicen las *Noches Aticas* que su defensor fue M. Porcio Catón el Censor (17, 1, 6). Lo que no debe extrañar dado su conocida postura antifeminista. El autor también precisa que la ley tenía como finalidad limitar el lujo de las mujeres, pero que en su tiempo había caído en el olvido (20, 1, 23).

La *lex Atinia de usucapione* (s. II AC) reitera la prohibición de las XII Tablas de usucapir las cosas furtivas. Pero —en esto innova— establece la posibilidad de usucapirlas en el caso de la vuelta de la cosa al despojado: *quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto* (17, 7).

Acerca del papel de la mujer casada, llegó a recibir el título de *materfamilias*, tal como lo atestigua A. GELIO: *Matrem autem familias appellatam esse eam solam quae in mariti manu mancipioque aut in eius in cuius maritus manu mancipioque esset* (18, 6) [Pero madre de familia solo puede ser llamada la que está bajo el poder y el mancipio del marido o de aquel cuyo marido está sometido al poder y al mancipio].

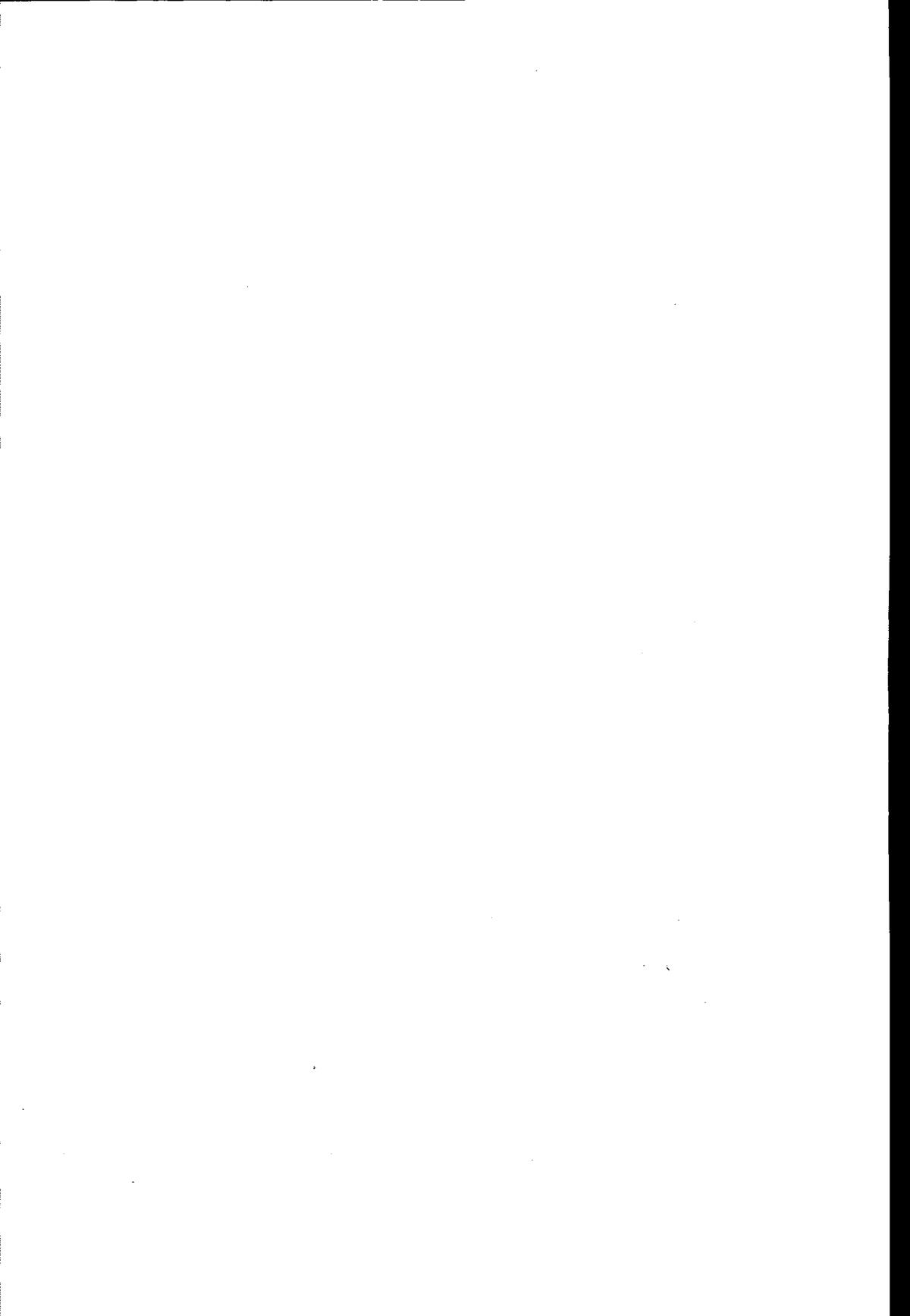
En materia de tutela es este autor quien anticipa la equiparación del nivel de la *potestas* y la *auctoritas* del tutor. El texto pertinente dice que *tutoribus in pupillis tantam esse auctoritatem potestamque*

<sup>23</sup> BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, págs. 154/155.

(19, 10) [tanta es la potestad como la autoridad de los tutores sobre los pupilos]. Lo cual, por cierto, si bien son de grado similar, no implica equiparar estos dos conceptos diferentes.

Las penas pecuniarias que para los distintos supuestos del delito de *iniuria* con el correr del tiempo habían llegado a ser insignificantes. Cuenta A. GELIO, que según Labeón, dada la nimiedad de la pena para lesiones menores –25 ases– hubo un ciudadano que se paseaba repartiendo bofetadas, acompañado de un esclavo que pagaba puntualmente a cada ofendido la pena establecida (20, 1, 13). En esa época, 25 ases pesaban 272,5 gr. de cobre en tanto que en el s. V AC llegaron a pesar unos 8 kg.

Con lo que se concluye esta revista a tan interesante obra como lo es las *Noches Aticas*. A lo que se agrega la promesa de volver más adelante sobre otra de las llamadas fuentes literarias del Derecho Romano.



## LOS RIESGOS DE LOS VIAJEROS EN EL DERECHO ROMANO

ALFREDO GUSTAVO DI PIETRO\*

*Los viajes en el mundo antiguo tenían, por lo general, mucho de aventura. Los caminos no siempre resultaban seguros, y mucho menos el mar. Indudablemente el grado de inseguridad era muy superior al actual. Por ello es que sobre los viajeros pesaba un riesgo muy grande, que no sólo afectaba a sus propias personas, sino además a las cosas que transportaban, se trataba de mercancías como de los demás efectos personales. En el Derecho Romano encontramos determinadas medidas jurídicas referidas a estos riesgos, que buscaban otorgar seguridad a los viajeros frente a los eventos que se les podían presentar.*

### **I. El caso de las pérdidas de las mercaderías echadas al mar.**

Uno de los riesgos más frecuente era el vinculado al transporte de mercaderías por vía marítima. Las naves de aquellos tiempos, mucho más endebles que las actuales, en el caso de tormentas o de mar embravecido corrían el peligro de naufragar. Sobre todo, cuando estaban muy cargadas. Se recurría entonces —como seguirá ocurriendo después— a aligerar la nave sacrificando parte de la carga para que esta pudiera sobrevivir. Se trata del supuesto de la denominada “echazón” (de las mercaderías) o “alijo” (de la nave). La superación del riesgo beneficiaba no sólo a los dueños de las mercaderías salvadas, sino también al propietario de la nave. Pero, por razones de justicia y de equidad, era necesario que se resarciera a los dueños de las mercaderías.

\* Profesor Adjunto de Derecho Romano.

rías arrojadas al agua. Si consideramos, por un lado la existencia de un riesgo, que demanda un costo (la "echazón") en beneficio de los otros cargadores que deberán pagar el mismo, no en forma propia pero sí de hecho, esta regulación venía a cumplir el papel de un seguro marítimo, cuyo precio debía ser soportado por los beneficiarios en forma comunitaria.

Acá, lo curioso es que la solución que se da no es propiamente de ascendencia romana, sino que proviene del mundo helenístico griego. En efecto, desde aproximadamente el siglo III a.C., la isla griega de Rhodas se caracterizó por poseer una flota naval considerable y sus barcos se dedicaban en forma notable al transporte marítimo. Debido a la experiencia adquirida, aplicaron una serie de costumbres que gozaron de la aprobación generalizada de las naciones del Mediterráneo. Se las conocen como *Nomos Rhodios*, y también *Nomos nautikós* o *Nomos Rhodion nautikós*. De entre ellas, la que tiene importancia era la referida a este tema de la echazón de mercaderías. Será aceptada por los romanos, bajo el nombre de *Lex Rhodia de iactu* (Dig., 14.2).

Esta recepción de la "regla Rhodia", fue realizada en la época republicana (así, es mencionada por Servio Sulpicio Rufo, s.I a.C.), conocida en su aplicación por autores clásicos (Labeón, Sabino, Ofilio, Paulo, Papiniano) y también asegurada por autores postclásicos (Hermogeniano), siendo los textos fundamentales el título del Digesto, en 14.2 y las Sentencias de Paulo (2.7). Es bien esclarecedor el párrafo del jurista Volusio Meciano (s.II d.C.), quien narra que habiendo recibido el emperador Antonino Pío la súplica de un tal Edemón Nicomediense, acerca de que "*habiendo naufragado en Italia, fuimos despojados por los Publicanos que habitan las islas Cíclades*", este respondió: "*Yo ciertamente soy señor del mundo, pero la ley lo es del mar; por lo tanto júzguese esto por la ley Rhodia, que se estableció sobre asuntos marítimos, en cuanto a ello no se opongá ninguna de nuestras leyes*" (Dig.14.2.9).

El principio liminar en materia de alijo o echazón, estaba establecido así: "*Si para aliviar una nave se hizo alijo de mercaderías, que se resarza a contribución de todos el daño que en beneficio de todos se causó*" (Paulo, Dig.,14.2.1; Sent. 2.7.1). Ello significa que ante el peligro marítimo común a los pasajeros y cargadores de mercaderías, se conformaba de hecho una verdadera comunidad de intereses, por la cual los daños ocasionados por la echazón, se debían repartir entre todos ellos, incluidos los perjudicados.

Los juristas romanos encauzaron la regla de la *lex Rhodia*, como una cláusula que funcionaba en el contrato de "locación de obra" (*locatio conductio operis*). En efecto, se entendía que el transporte de las mercaderías era una de las aplicaciones de la *locatio conductio* celebrada por un lado por los comerciantes que locaban el transporte por mar de sus mercaderías y por el otro el transportista marítimo que tomaba a su cargo dicha tarea. El *locator* (o los *locatores* eran él o los comerciantes) mientras que el *conductor* era ya el capitán de la nave (*magister navis*) y eventualmente el armador de la nave —*exercitor navis*—. Mientras que en el derecho moderno el capitán tiene solamente el deber de provocar la compensación de las pérdidas y daños ocasionados realizada por los peritos, en Roma, es el propio capitán quien hacía la liquidación.

Siendo así, las acciones que se ejercitan son las propias de la *locatio conductio*. La regla se aplicaba del siguiente modo: Los cargadores perjudicados por haber arrojado bienes suyos al mar para tratar de salvar la nave, tienen contra el *magister navis*, la *actio locati* para obtener la parte debida. El capitán gozaba a su vez de la *actio conducti* contra los cargadores cuyas mercaderías han sido salvadas, a los efectos de hacerles pagar su cuota parte en forma proporcional a las mercancías que cada uno había salvado incluido el propio perjudicado si es que por la echazón había salvado otras mercancías (*Paulo, Dig., 14.2.2 pr.*). Se admitía por ello el cómodo expediente de que el capitán pudiera retener las mercaderías de los deudores hasta que éstos hubiesen pagado el monto de la cuota parte que les había correspondido (*Servio-Paulo, Dig., ibídem*).

El capitán es, en principio, meramente un responsable de la correcta imputación de las contribuciones. Por ello, no responde de la insolvencia de alguno de los cargadores deudores, "porque no está obligado a averiguar (al contratar el transporte) la fortuna de cada uno" (*Paulo, Dig., 14.2.2.6*). La intercalación de la "regula rhodia" en la *locatio conductio operis* se explica perfectamente no sólo por las características del transporte, encarado como "locación de obra", sino además, porque pertenece a los contratos de buena fe, que en último caso conduce a un *bonae fidei iudicium*, que un tipo de juicio que permite mayor libertad al juez para juzgar *ex bono et aequo*, las distintas situaciones de la compensación.

Ahora bien, para que hubiera posibilidad la contribución de las mercaderías echadas al mar, era necesario que la nave se hubiera salvado (*nave salva venit*), puesto que entonces los otros viajeros han

logrado salvar sus pertenencias y por ello deben indemnizar a quienes sufrieron el perjuicio. Pero en cambio nadie queda obligado a dicha contribución. si la nave se perdió, ya que en este caso, nadie ha logrado ningún beneficio y todos se han perjudicado por el accidente acaecido (*Calístrato, Dig., 14.2.2 pr. in fine*).

Pero dadas los hechos de especiales características que podían ocurrir en la navegación por agua, a propósito de las mercancías sacrificadas, los juristas tuvieron que considerar ciertos casos que resultan interesantes. Así:

a) Dado que una nave se encontraba muy cargada de mercancías de tal modo que no podía seguir avanzando para entrar en un río o en el puerto, se resolvió transbordar algunas mercaderías a una chalupa. Ahora bien, ocurre que dicha chalupa se hundió, perdiéndose las mercancías transbordadas. Sabino y Calístrato entendieron que en este caso, los que continuaron en la nave principal manteniendo a salvo sus mercaderías, debían contribuir proporcionalmente a pagar las mercaderías que se perdieron en la chalupa. Acá se entendía que el transbordo efectuado para aligerar la nave valía tanto como si hubieran sido echadas al mar (*tanquam si iactura facta esset; Dig., 14.2.4 pr.*).

En cambio, si hubiera ocurrido que la chalupa se salvó con parte de las mercancías, pero se perdió la nave, no existe la posibilidad de que los que las perdieron en la nave, siguiéndose acá la regla general que ya hemos mencionado: "porque la echazón obliga a la contribución, habiéndose salvado la nave [y no si ella se hundió] (*quia iactus in tributum nave salva venit; Dig., ibídem*).

b) A su vez, se podía dar esta otra hipótesis: en una nave azotada por una tormenta, para aliviar la nave se efectuó la echazón de mercancías que pertenecían a (A). La nave continuó su viaje y naufragó en otro lugar (*in alio loco submersa est*). Pero ocurre que algunos de los cargadores pagaron a algunos buzos que alcanzaron a rescatar algunas mercancías. ¿Deben éstos contribuir por la echazón de las mercaderías de (A)? Calístrato entiende que sí, por cuanto habiéndose efectuado la misma la nave pudo continuar su navegación (*Dig., 14.2.4.1*).

Pero, recíprocamente, los que las recuperaron con los buzos no deben ser compensados por (A) por mercancías no rescatadas, ya que éstas no se pueden considerar como echadas para salvar la nave, puesto que ésta naufragó (*Calístrato, Dig., ibídem*).

c) Un problema importante es tratado por Calístrato en *Dig. 14.2.4.2*, que le permite a este jurista entrar en cuestiones muy sutí-

les. Podía suceder que producida la echazón, las mercancías que quedaron en la nave se hubieran deteriorado. El problema tiene su importancia porque el o los perjudicados “no debe(n) ser gravado(s) con doble perjuicio, el de la contribución y el de haberse deteriorado sus cosas”. Y aquí el jurista establece la regla general, que consiste en que el perjudicado debe contribuir, pero no por el valor total de las cosas, sino por su valor actual, es decir como deterioradas: así, si por ej. “si hubo mercancías de dos [cargadores], que valían 20 [cada una de ellas], y las de uno comenzaron a valer 10 por la mojadura, aquél cuyas cosas estaban íntegras contribuirá por 20, y éste por 10” (*Calístrato, Dig., 14.2.4.3*).

En este mismo párrafo, el jurista romano, establece distinciones más sutiles, derivados de la causa por la cual se estropearon las cosas que permanecieron en las naves, ya que podía suceder, por ejemplo, que las mismas se deterioraron por haber quedado al descubierto como consecuencia de la maniobra de la echazón efectuada o también que ellas se hubieran perjudicado por otra causa que nada tenía que ver con la echazón, así porque se hallaban en un lugar y allí penetraron las olas. La cuestión era siempre la misma: ¿pueden los perjudicados ser obligados a contribuir por los bienes arrojados al mar?

Calístrato da prontamente la respuesta afirmativa respecto del segundo caso, lo cual se explica porque este perjuicio en sus mercancías nada tiene que ver con la echazón efectuada. Y respecto del primero, es decir cuando el deterioro de las mercancías ha ocurrido por acción del agua que las salpicó por causa de la echazón, el jurista citado hace una distinción más sutil (*Sed distinctio subtilier adhibenda est*). Y ésta es si es más alto el valor del daño o el de la contribución a la echazón. “*Por ejemplo, si estas cosas [deterioradas] valieron veinte, y la contribución importa ciertamente diez, y el daño dos, deducido el daño que sufrió, deberá contribuir por lo restante. ¿Qué se dirá, pues, si el daño importare más que la contribución, por ejemplo, si se deterioraron las cosas en diez áureos, pero son dos los de la contribución? Indudablemente (indubitate) no debe soportar una y otra carga*”.

Y finalmente presenta la cuestión: ¿los otros cargadores deberán contribuir en forma proporcional por el deterioro de las cosas que han sufrido el daño por causa de la echazón? La conclusión final en la cual Calístrato sigue la respuesta de Papirio a Fronto es que lo deben hacer, ya que “¿qué importa que yo haya perdido mis cosas por haber sido echadas [al mar], o que haya comenzado a tenerlas deterioradas

por haber quedado al descubierto? Porque así como se auxilia al que las hubiere perdido, así también debe auxiliarse al que hubiere comenzado a tener deterioradas las cosas por causa de la echazón. Así respondió esto Papirio a Fronto" (Dig., *ibídem*).

Respecto de otras cuestiones que se presentaban en el régimen de la echazón de mercaderías o alijo de la nave, las más importantes serían las siguientes:

a) ¿Qué ocurre con las cosas que han sido arrojadas al mar para aliviar la carga? La respuesta primera es que, en principio continúan siendo de su dueño, de tal modo que si alguien la recoge no la puede hacer suya como si fuese una cosa abandonada, puesto que las cosas que han sido arrojadas al mar no son consideradas como haciendo la echazón *animus derelictionis*, es decir con la intención de abandonarlas (Paulo, Dig., 14.2.2.8). Por lo tanto le sigue perteneciendo a su dueño.

Pero si las cosas echadas al mar hubieran sido recobradas, entonces se prescinde de la contribución; y en caso de que ésta ya se hubiera pagado, entonces los que hubieran pagado podrán ejercitar la *actio locati* contra el capitán de la nave, para que éste promueva la *actio conducti*, y devuelva lo que hubiere cobrado (Paulo, Dig., 14.2.2.7), determinándose en cada caso la rectificación de la indemnización.

A su vez, cuando la nave se ha hundido, Alfeno entendió que cada uno guarda las cosas suyas que se hubieron salvado del desastre, lo mismo que ocurre cuando se ha producido un incendio (Alfeno-Paulo, Dig., 14.2.7).

b) En cuanto a los daños sufridos en la nave, el principio general era que no se debía ninguna contribución al capitán, por cuanto la nave es el instrumento de trabajo para realizar el transporte. Ocurría lo mismo que con el caso del herrero al que se le hubiera roto el yunque o el martillo, es decir daños que no corresponde imputar a quien le encargó una obra (Paulo, Dig., 14.2.2.1; Hermogeniano, Dig., 14.2.5; Juliano, Dig., 14.2.6).

Sin embargo se admite que si por ej. se cortó el mástil para salvar la nave, como ello era en beneficio de la seguridad de las mercaderías, cabe la contribución (Paulo 7.3; Papiniano, Dig., 14.2.3; Hermogeniano, Dig., 14.2.5.1).

c) ¿Quiénes están obligados a la contribución? La regla era: *omnes quorum interfuisset iacturam fieri* (Todos aquellos a quienes hubiere interesado que se hiciera el alijo). De este modo estaban com-

prendidos los cargadores de las mercaderías que quedaban en la nave. Pero también el dueño de la nave que se salvó con el alijo. Los pasajeros que llevaban cosas pequeñas, como joyas, piedras preciosas, perlas, no podían eximirse de la contribución alegando que no habían cargado la nave con el peso de ellas. También se tomaban en cuenta los vestidos y los anillos. La regla se explica, puesto que de no haber ocurrido la echazón la nave naufragaba y todo se perdía. Quedaban excluidas las vidas de las personas libres, ya que la vida humana está fuera de toda estimación. Tampoco entraban las provisiones embarcadas, puesto que eran necesarias para la navegación (*Paulo, Dig., 14.2.2.2*).

d) La estimación de las cosas a los efectos de la contribución, tanto las que se salvaron, como las echadas al agua, debe hacerse según su valor. De las cosas perdidas, no importa que pudieren ser vendidas a un precio mayor, *"porque la prestación se hace del daño, no del lucro"*. Respecto de las cosas salvadas, por las que hay que contribuir, la estimación se hace *"no en cuanto se hayan comprado, sino en cuanto pueden ser vendidas"* (*Paulo, Dig., 14.2.2.4*). De los esclavos que perecieron en el mar se entiende que han sido echados como cosas, no se debe hacer una estimación mayor que aquella que tendrían en caso de haber muerto por enfermedad en el viaje (*Paulo, Dig., 14.2.2.5*).

e) En caso de que la nave hubiese sido tomada por piratas, y se hubiera pagado un rescate por ella, todos debían contribuir. Y si alguna cosa hubiera sido retenida por los piratas ladrones, se la considera perdida para su dueño, no existiendo la obligación de contribuir por parte de los demás pasajeros (*Servio-Ofilio-Labeón-Paulo, Dig., 14.2.2.3*).

f) Finalmente las reglas de aplicación se cierran con algunos casos particulares vinculadas al transporte de mercancías. Así, (i) Si se contrató el transporte con (A) y éste, sin estar constreñido por una necesidad del viaje, transfiere las mercaderías a otra nave peor, sabiendo hacerlo contra la voluntad del dueño de las mismas, y dicha nave naufraga, el cargador tiene la *actio locati* contra (A); (*Labeón, Dig., 14.2.1*); (ii) El mismo derecho se tiene contra el dueño de la nave primera, si a éste, la autoridad pública le prohibió navegar con ella, o estuviera afectado por una enfermedad, y por ello realizó el transbordo. El será el responsable aun cuando no haya dolo o culpa suya, siempre y cuando no esté ello permitido por el cargador (*Labeón, ibídem*).

Y también, si el cargador hubiese convenido una cláusula penal en caso de que en determinado día las mercancías no estuvieran desembarcadas en el puerto al que eran enviadas (*Labeón, Dig., ibídem*).

## II. La responsabilidad de los transportistas marítimos, de los hospederos de mesones y de establos.

Aquél que debía realizar un viaje, ya por agua o por tierra, está en general corriendo una serie de riesgos. Así, si alguien se debía trasladar de una ciudad a otra, ya sea a caballo, o utilizando un carruaje, normalmente, si la travesía abarcaba más de una jornada, se veía obligado a pasar la noche en un albergue, que es siempre un lugar extraño, corría el riesgo de la seguridad de sus bienes, dentro de los cuales estaban no solamente aquellos que llevaban consigo, sino además, el vehículo y los caballos que había que guardar en una caballeriza. Con mucha mayor razón, quienes debían efectuar el viaje en una nave, corrían el riesgo de la seguridad de los bienes transportados.

Por este motivo, el pretor los protegerá de una manera especial, concediendo a los viajeros acciones que tendrán la característica común de que la responsabilidad recaerá directamente en las personas de los transportistas marítimos (*nautae*) los dueños de las posadas (*caupones*), y los de las caballerizas (*stabularii*). Estas personas principales serán responsables no solamente por los hechos propios, sino también el de sus empleados.

El ordenamiento de la protección se efectuó en base a las siguientes acciones:

### I. *Actio de recepto*

Se acostumbraba que los viajeros celebraran, por medio de un pacto especial, aunque no sometido a formas, una declaración expresa de seguro, denominado *receptum res salva fores*, de tal modo que los receptores tomaban a su cargo el riesgo de garantizar la seguridad de las cosas y que estas serían devueltas "salvas". Prontamente el pretor concederá una *actio in factum*, es decir, que pertenece propiamente al *ius honorarium*, o sea que no proviene del *ius civile*. Este edicto (*Lenel, E.P., N° 49*) era ya conocido en época de Augusto, ya que hay referencias de Labeón, su contemporáneo (*Dig., 4.9.1.4; id., 3.1*). En un principio, se debió referir al caso del transportista marítimo, pero luego se lo extendió al del mesonero y al dueño de caballeriza

(cfr. Lenel, E.P., N° 49, n.14). Más tarde —tema discutido—, se llegó a entender como “tácita” a la declaración pactada, surtiendo efectos la garantía por la mera aceptación de las cosas introducidas en la nave, el mesón o la caballeriza.

Lo que llamaría la atención es la razón por la cual se admitió esta acción. En efecto, el contrato que se celebraba normalmente con el *nauta*, el *caupo* o el *stabularius*, era propiamente una locación (*locatio conductio*), del tipo que en derecho moderno se llama “locación de obra”. En tal caso, para este contrato, existía una responsabilidad por la “custodia”, en virtud de la cual se respondía más allá del dolo o de la culpa, quedando obligado a responder por el *furtum* (Gayo, 3. 205-206). De este modo, ya el *ius civile* protege al perjudicado en sus cosas. Ello podía ocurrir por la *actio locati* en caso de que el simple viajero sufriera el daño o también por la “custodia” (caso del que arrendó toda la nave y luego comprobara que le faltaban cosas del cargamento). ¿Por qué, entonces la necesidad de otra *actio in factum*?

Lo que ocurría es que a veces, la *actio locati* o la *actio conducti* no resultaban suficientes. Así, si el huésped se llevaba cosas a su habitación, el *locator* no era responsable por “custodia” por efecto de la *actio conducti*. Del mismo modo, en el supuesto de un contrato gratuito, habría que hablar de depósito, pero el depositario sólo responde por dolo. En cambio, esta acción concedida por el pretor resultaba más amplia. “El *nauta*, el *caupo* y el *stabularius* reciben paga no por la custodia, sino el *nauta*, para que transporte a los pasajeros; el *caupo*, para que consienta que los caminantes hagan parada en el mesón; el *stabularius*, para que permita que las caballerías estén en sus establos; y sin embargo, están obligados por razón de la custodia” (Gayo, Dig., 4.9.5 pr.).

i) ¿Quiénes resultaban obligados? En principio son los responsables de la custodia. Aquí debemos recordar que en el caso del transporte marítimo, alguien podía ser el “armador” (*exercitor*), pero podía poner al frente de la nave a otra persona (*magister navis*). Y lo mismo en el caso del mesón o de la caballeriza, su dueño podía también poner a alguien al frente (*institor*), en cuyos casos si bien el responsable directo es quien está al frente, por la técnica de las *actiones adiecticiae qualitatis*, se “agregaba” la responsabilidad del principal, actuándose por la *actio exercitoria*, para el supuesto del transporte marítimo y de la *actio institoria* respecto del dueño del mesón o de la caballeriza (Gayo, 4.71).

En el caso del transportista marítimo, si bien en el edicto se habla de *nautae* (marineros), en forma general, el responsable es “el que

manda en la nave” (*magister navis, exercitor*). Y aun cuando en la nave existieran custodios especiales (*navium custodes*), la acción se da contra el principal, “porque es éste quien los coloca en tal cargo y permite así que en ellos se confíe, aunque el mismo capitán, o el piloto ejerzan la interposición de su mano” (*Ulpiano, Dig., 4.9.1.3*).

Lo mismo ocurre con los *caupones* y los *stabularii*. Se puede tratar del dueño del negocio o de aquél a quien éste hubiese puesto al frente del mesón o de la caballeriza (*institores*). Ellos son los responsables, no en cambio los que cumplen tareas subordinadas, tales como los porteros, los cocineros y los semejantes a estos (*Ulpiano, Dig., 4.9.1.5*).

ii) ¿Qué cosas están comprendidas? El Edicto decía: “lo que de cualquiera que hubiesen recibido para que esté a salvo”. Podía ser una mercancía o cualquier otra cosa. Pero se terminó extendiendo incluso a cosas que no estaban amparadas por el *receptum*. Así, según el jurista Viviano, estaban comprendidas “aquellas cosas que se asemejan a las mercaderías, como los vestidos que se usaran en las naves (o en las posadas) y las demás cosas que tenemos para el uso cotidiano” (*Ulpiano, Dig., 4.9.1.6*). No interesa si las cosas son propias o ajenas (*Ulpiano, Dig., 4.9.1.7*). Una vez asumido el *receptum res salva fores*, los *nautae*, *caupones* y *stabularii* resultan responsables desde el momento en que las reciben, aun cuando todavía no estén embarcadas, es decir, por ej., “si hubieran perecido en la ribera” (*Pomponio-Ulpiano, Dig., 4.9.3 pr.*).

iii) La responsabilidad es muy amplia. El principal le asegura al viajero que sus cosas estarán “salvas”, obligándose a devolverlas en tal estado, al final del contrato. Al viajero no le importa si el hecho dañoso respecto de la cosa le corresponde al principal, a los empleados suyos e incluso al hecho de otros viajeros (*Ulpiano, Dig., 4.9.1.8 in fine; Gayo, Dig., 4.9.2*). La responsabilidad abarca la “custodia”, es decir más allá de que hubiera dolo o culpa del que las recibió o de sus empleados, abarcando también el caso de *furtum* por parte de un tercero (*casus minor*). Sólo quedaban exculpados si “algo hubiera ocurrido por desgracia inevitable” (*casus maior*), como por ej., si las cosas perecen por naufragio o por fuerza de piratas, o también si en el mesón o en la caballeriza hubiera ocurrido un caso de fuerza mayor (*Labbeón-Ulpiano, Dig., 4.9.3.1*).

iv) Esta *actio in factum* es reipersecutoria, pudiéndola ejercitar los herederos del perjudicado, aunque no contra los herederos del principal responsable (*Pomponio-Ulpiano, Dig., 4.9.3.4; Ulpiano, Dig., id.,*

7.6). El poder de apreciación por parte del juez, parece que era costumbre estar limitada por una *taxatio* del pretor (Paulo, Dig., 4.9.6.2).

## II. *Actio in factum de furto (o de damno)*

Independientemente de la *actio de recepto*, el pretor protege a los viajeros por medio de una *actio in factum*, por medio de la cual los *nautae*, los *caupones* y los *stabularii* resultan responsabilizados por el *furtum* (Ulpiano, Dig., 4.9.1.1; 7. pr.), o el *damnum* causado con *iniuria* (Paulo, Dig., 4.9.6; Gayo, Dig., 4.9.5.1) cometidos por el principal o sus empleados respecto de las cosas de los viajeros.

Estas acciones —que debieron preceder a la *actio de recepto*, ya vista—, figuran en el texto del Digesto (4.9) bastante confusamente tratadas con esta, si bien luego (en Dig., 47.5) se trata propiamente de la *actio furti adversus nautas, caupones et stabularios*. Al igual que en la *actio de recepto*, el caso primero sobre el cual se estableció la fórmula parece haber sido el de los transportistas marítimos.

i) En el caso del *furtum*, el principal responde por la substracción de cosas realizada en cuatro supuestos. Los dos primeros corresponden al supuesto de *furtum* cometido directamente por el principal o por sus subordinados. Los dos últimos están referidos a hurtos cometidos con la complicidad (“ayuda o consejo”; *ope consilio*) ya del principal o de sus subordinados (Ulpiano, Dig., 47.5. pr.; Ulp. Dig., id, 6; Lenel, E.P. N° 136.9).

De este modo, se extiende a los principales, la responsabilidad refleja (*in eligendo*) respecto de sus empleados. En efecto, se entiende que “se les debe (a los principales) imputar a su culpa el que empleó a tales hombres, y por esto aunque hubieren fallecido, no quedará (el principal) relevado de responsabilidad” (Ulpiano, Dig., 4.9.7.4; Dig., id. 7.1). Y según nos aclara el mismo jurista: “Y nadie juzgue que es gravoso lo establecido contra ellos, porque está en el arbitrio de los mismos el no recibir a nadie; y si esto no se hubiese establecido, se daría pie para que se concertasen con los ladrones contra aquellos a quienes reciben, como quiera que ni aún ahora ciertamente se abstengan de semejantes fraudes” (Ulpiano, Dig., 4.9.1.1).

Por ello, el transportista marítimo responde de los hechos cometidos por los marineros, es decir por todos aquellos que “en aquella nave hubiese para servir a la navegación” (*navigandi causa*; Ulpiano, Dig., 47.5 pr.), pero no por el realizado por un pasajero (no rige acá la *culpa in eligendo*), ya que no puede rechazar a los mismos y él no los

elige; (*Ulpiano, Dig., 47.5.6 in fine*). Pero sólo responde si el daño hubiese sido causado en la misma nave. En cambio, fuera de ella, aún causado por los marineros, no responderá (*Ulpiano, Dig., 4.9.7 pr.*).

Asimismo, si el transportista hubiese prevenido que cada pasajero cuidase de sus cosas, y que él no respondería del daño, y los pasajeros hubiesen asentido al aviso, no quedaba responsabilizado por el *furtum* (*Ulpiano, Dig., 4.9.7 pr.*). Se podría preguntar si una cláusula de exención de responsabilidad podía resultar válida para substraerse a la *actio de recepto*. Los textos no dicen nada, por lo que se puede dudar que se la haya permitido para escapar a una regla establecida en el interés público.

En el caso del mesonero, o del que tiene una caballeriza, éste responde del *furtum* cometido por sus empleados, y también de los que están en él para habitarlo, pero no responde por el hecho de los pasajeros, “*porque no se considera que el mesonero (caupo) o el dueño de la caballeriza (stabularius) elige para sí pasajero, ni puede rechazar a los viajeros, pero a los que habitan perpetuamente los elige en cierto modo el que no los rechazó, y debe responder por el hecho de los mismos (Ulpiano, Dig., 47.5.6)*.”

Esta *actio furti* por responsabilidad refleja es por el *duplum* (*Ulpiano, Dig., 47.5.2*).

ii) En el caso del “daño” causado de manera injusta a cosas de los viajeros, el pretor concede también la *actio utilis* de la ley Aquilia, siendo las penas el mayor valor que hubiese tenido la cosa dentro del año anterior (caso de la muerte de un esclavo ajeno), o el que tuviera dentro de los últimos 30 días (otros daños); *Lenel, E.P. N° 76*.

El ejercicio de estas acciones que hemos detallado, no se puede acumular. Así, si inicio la *actio de recepto*, no puedo intentar la *actio furti* o la *actio utilis legis Aquiliae* (*Ulpiano, Dig., 4.9.3.5: “se deberá contentar con una u otra”*).

Respecto de las acciones penales, si se hubiera descubierto al ladrón, o al causante del daño, el viajero perjudicado podía demandar a éstos o al principal, pero tampoco puede acumularlas. Si ejercitamos la acción contra el principal, y este es condenado, “debemos cederle nuestras acciones”. En cambio, si resultara absuelto el principal, se le concede una excepción al subordinado, “para que no se litigue muchas veces sobre el mismo delito”. Igual ocurría, si el empleado demandado hubiera sido absuelto: se le concede la excepción al principal (*Paulo, Dig., 4.9.6.4*). Se entiende asimismo que si se probara que el ladrón fue el propio principal, se podía actuar contra él por las

acciones civiles (*actio furti* o *actio legis Aquiliae*), pero sin acumularlas a la *actio in factum* por estos delitos (*Ulpiano, Dig., 47.5.3*).

Justiniano termina por englobar la responsabilidad refleja de los *nautae, caupones* y *stabularii*, en la categoría de los cuasidelitos (*Inst., 4.5.3*): “En efecto, como la acción establecida contra él (el principal) no proviene ni de un delito, ni de un contrato, y sin embargo, hasta cierto punto, tiene culpa por haber empleado a malas personas, queda obligado como por un delito” (*cf. Gayo, Dig., 44.7.5.6*). Igualmente, entenderá que todas estas acciones, comprendida la *actio de recepto*, se dan en forma perpetua incluso a los herederos del perjudicado, pero no contra el heredero del principal (*Ulpiano, Dig., 4.9.7.6*).



## DERIVACION VULGAR Y BIZANTINA DEL CONTRATO ESTIMATORIO DE ULPIANO

ALVARO D'ORS\*

El fragmento de Ulpiano 28 *ad ed.* -D. 19, 5, 17, 1 me parece genuino; las críticas que sufrió dependían de una errónea prevención contra la *actio praescriptis verbis*, hoy superada en sus excesos.

Conviene recordar, antes de nada, que la *datio* destinada a convertir en mutuo el precio obtenido por la venta de la cosa dada, producía el efecto de *pecunia mutua* desde que el accipiente cobraba el precio. Una cuestión podía plantearse cuando la cosa entregada perecía antes de venderse y cobrar el precio, o también si no se vendía. Aunque entonces no había mutuo, y no procedía por tanto la *condictio* por esa causa, podía, sin embargo, proceder esta misma *condictio* a causa de una *datio ob rem*; pero también el riesgo era entonces a cargo del accipiente. El negocio, visto así, debía considerarse hecho en interés preferente y por ello hecho a petición del accipiente, como ocurre ordinariamente en el mutuo, cuando no es un *fenus*, que interesa también al prestamista. Pero también podía ser el *dans* quien tuviera interés en vender, y hubiera tomado la iniciativa del negocio, con lo que éste debía aproximarse a una venta, aunque venta por intermediario, mejor que a un mutuo; y entonces el riesgo debería recaer sobre el vendedor; no sobre el accipiente, como *periculum emptoris*, por la razón de que el accipiente no era *emptor*, sino simple intermediario; tampoco propiamente mandatario, pues adquirió la propiedad de lo dado, para así poder venderlo; adquirió la propiedad como ocurre en la *fiducia*, pero no con la obligación de devolver lo adquirido; esto, aparte la reducción de la *fiducia* a cosas mancipables, como no eran las previsiblemente dadas para ser vendidas por el mutuario, objetos muebles.

\* Catedrático. Profesor Honorario de la Universidad de Navarra.

Nada hay contra la solución de que Labeón diera en este caso una acción con adaptación de la fórmula de la *actio venditi* a la especialidad de una *datio ad credendum*.

Precisamente porque esta acción seguía el régimen de la acción contractual ordinaria, era de buena fe, y permitía distinguir, en caso de pérdida antes de que el accipiente cobrara el precio de la venta, si el *dans* tenía un interés en vender, en cuyo caso el riesgo debía cargar sobre él, o no podía apreciarse tal interés preferente, como tampoco el del accipiente, y, en ese caso debía limitarse la responsabilidad de éste a su culpa, y, naturalmente, el dolo, como era regla general en los contratos; sin la responsabilidad por *custodia* propia del vendedor de cosa mueble, pues el *dans* no era *venditor*. En la misma fórmula *praescriptis verbis* podía ya concretarse quién había solicitado el contrato, sin que por ello se convirtiera la acción en una *actio in factum*, en la que no podría entrar la consideración de la buena fe.

Si fue Labeón quien aconsejó la *actio praescriptis verbis* para el caso de *datio ad credendum*, parece haber sido su discípulo Nerva quien distinguió la incidencia del riesgo según el interés y la iniciativa de uno u otro contratante.

Ulpiano refiere este caso a propósito de su comentario al edicto de *rebus creditis* (26 ad ed.-D. 12, 1, 11 pr.):

*Rogasti ut tibi pecuniam crederem: ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel mascam auri ut eam venderes et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui mihi perierit quemadmodum si alii dedissem vendendam. Quod si non fui proposito hoc ut venderem, sec haec causa fuit vendendi ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxima si sine usuris credidi.\*\** (Me rogaste que te prestase dinero, y yo, no teniéndolo, te di un plato, o un lingote de oro, para que lo vendieras y utilizaras el importe. Si lo hubieras vendido, pienso que el dinero ha sido dado en mutuo. Pero si sin culpa tuya hubieras perdido el plato o el lingote, antes de que lo vendieras, se ha cuestionado sobre

\*\* Las Traducciones de las citas latinas han sido gentilmente realizadas por el Dr. Alfredo Di Pietro, Titular Ordinario de Derecho Romano.

si el mismo se ha perdido para mí o para tí. A mí me parece muy verdadera la distinción de Nerva, que opina que hay mucha diferencia en si tuve, o no, destinado a la venta este plato o este lingote, porque si lo tuve destinado a la venta, se habrá perdido para mí, del mismo modo que si se le hubiese dado a otro para venderlo; pero que si no tuve este propósito de venderlo, sino que la causa de venderlo fue esta, que tú utilizaras del precio, se perdió para tí, y más aún si te presté sin interés).

Y luego, más simplícadamente, a propósito del mandato (31 *ad ed.* —D. 19, 5, 19 pr.); probablemente para descartar la *actio mandati*:

*Rogasti me ut tibi nummos mutuos darem: ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam ut pretio utereris. Si non vendidisti aut vendidistiz quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.* (Me rogaste que te diera dinero en mutuo: como yo no lo tenía, te dí una cosa para que la vendieras y utilizaras el precio. Si no la vendiste, o si ciertamente la vendiste, pero no recibiste el dinero en mutuo, es más seguro que, como dice LABEÓN, ejercites la acción *praescriptis verbis*, como si entre nosotros se hubiera gestionado cierto negocio de contrato propio).

He hablado de una *datio ad credendum* porque, fundamentalmente, su fin es el mutuo: el mutuuario accipiente tiene que pagar, como *pecunia mutua*, el precio obtenido por la venta; no una cantidad inferior, por lo que no obtiene ganancia con el negocio, y menos si el mutuo se ha convenido como *fenus*. La acción del *dans* es, pues, la *condictio* propia del mutuo, y no la de una *datio* de otra *res* que dinero, pues en ningún caso puede liberarse el deudor devolviendo el objeto recibido; ni puede darse una condena por un *quanti ea res est* distinto del precio obtenido por la venta; ni puede alegarse que ésta se hizo por un precio inferior al valor real, pues la *condictio* no tolera estos miramientos de la *bona fides* propia de los contratos.

Sólo cuando el accipiente no obtuvo un precio por la venta de la cosa que recibió no es posible la *condictio*, pues no hay *pecunia mutua*, y Labeón introduce la *actio venditi* acomodada *praescriptis verbis*, por la que sí puede apreciarse la posible *culpa* de accipiente e incluso cargar sobre él todo el *periculum*, en consideración a que tuvo él un interés preferente en el negocio y la iniciativa de convenirlo.

Hasta aquí la *datio ad credendum*, pero nuestra atención va a recaer, en esta ocasión, sobre un negocio similar que es el de una *datio ad vendendum* de una cosa cuyo valor se conviene anticipadamente: una *res aestimata*; de suerte que, con esa estimación, se asegura el valor de la eventual condena por incumplimiento del contrato; es decir, de la obligación contraída por el accipiente de pagar la estimación acordada para el caso de no devolver lo recibido.

Al intervenir la *aestimatio* como modo de fijar el valor de la cosa dada, hace aquélla las veces del precio, y el negocio se aproxima más a una *venditio*, aunque el accipiente sea un intermediario, que tiene interés en el negocio, pues cuenta con la posible ganancia de una venta que él haga por un precio superior a la *aestimatio*. Por la similitud con la *venditio*, la estimación convenida puede figurar como *pretium*, distinto del precio obtenido por el accipiente que vende.

Pero no se trata de una simple venta a un revendedor en provecho propio, pues éste puede liberarse vendiendo lo que no pudo o no quiso vender. En este caso, no hay mutuo sobre la *pecunia* del precio obtenido por el accipiente, sino que el *pretium* que debe pagar por ello es el de la *aestimatio* inicialmente convenida.

Hay una *datio ob rem* de la cosa dada, destinada precisamente a la venta —*datio ad vendendum*—, pero con la alternativa de poder devolver la cosa no vendida. Evidentemente, la analogía no era aquí con la *condictio* del mutuo, sino con la *actio venditi*, pero ésta debía ajustarse *praescriptis verbis* al tipo especial del contrato convenido.

Gracias al *incertum* de la *actio praescriptis verbis* podía exigirse la obligación alternativa, pero también podía apreciarse el mayor o menor interés de cada contratante, y, en su caso, la *culpa* en el perecimiento de lo que pereció antes de la venta a que se destinaba.

El texto que nos interesa es precisamente del mismo Ulpiano 28 *ad ed.* —D. 19, 5, 17, 1. Aunque aprovechado por los Compiladores para su título *de praescriptis verbis*, este fragmento procede del comentario de Ulpiano a la *actio commodati*, dentro del título *de rebus creditis*. Sin duda, Ulpiano quería señalar la diferencia entre el caso de entrega gratuita a un comodatario, y de una *datio ad vendendum* en provecho del accipiente.

Dice así Ulpiano:

*Si Margarita tibi aestimata dedero ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum sed dumtaxat*

*consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem es hac causa utique erit praescriptis verbis.* (Si yo te hubiera dado unas perlas estimadas (en dinero), para que luego me devolvieras las mismas o el precio de ellas, y después, antes de venderlas, se hubieran perdido, ¿de quién será la pérdida? Y dice LABEÓN, lo que también escribió POMPONIO, que si verdaderamente yo como vendedor fue quien te rogó (que las aceptaras), la pérdida es para mí; pero si tú fuiste quien me rogó, la pérdida es tuya; y que si ninguno de nosotros hicimos el riesgo, sino que solamente consentimos, te obligas únicamente a responderme por el dolo y por la culpa. Pero la acción por esta causa será ciertamente la *actio praescriptis verbis*).

Aunque una *datio ob rem* podía dar lugar a una *condictio*, en este caso especial la alternativa a elección del deudor era incompatible con el *certum* esencial de la *condictio*. Por eso, procedía mejor la *actio praescriptis verbis* de Labeón; no sólo para el caso de perecimiento de la cosa antes de ser vendida, como en el caso de *datio ad credendum*, sino para cualquier evento. Así nos lo dice Ulpiano a final del fragmento: *actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis*.

Con esta acción podía cargarse el *periculum* del perecimiento *ante venditionem* conforme al interés preferente, y podía apreciarse eventualmente la culpa del accipiente: si la iniciativa del negocio había sido del *dans*, suyo era el riesgo; si era del *accipiens*, cargaba sobre éste el *periculum*; si no podía apreciarse diferencia de interés e iniciativa de uno u otro, el accipiente sólo respondía por su *culpa*, y, con más razón, de su dolo, en la pérdida de la cosa. De esta variación resultaba que, una vez vendida la cosa o perdida antes de ser vendida, procedía la *actio praescriptis verbis* tan solo por la *aestimatio*, y tan sólo contra el accipiente preferentemente interesado o responsable por *culpa* en la pérdida de la cosa; no procedía, en cambio, cuando el interés había sido del *dans* aunque hubiera *culpa* del *accipiens*, pues se consideraba entonces que el vendedor interesado en la reventa por el comisionista debía correr el riesgo de la pérdida.

Del texto de Ulpiano sobre la *datio* de *res aestimata* tenemos un residuo vulgar en PS. 2. 4. 4, con otros que proceden del mismo libro 28 *ad ed.* de Ulpiano, y bajo la misma rúbrica de *commodato*. Esta derivación de Ulpiano, el jurista más presente en las PS., es evidente (vid. también Liebs, SZ. 1996 p. 151). En mi opinión, a pesar, de la vulgarización brutal del texto, pienso que éste puede atribuirse al extracto A, es decir, a la primera redacción preconstantiniana. Dice así:

*Si rem aestimatam tibi dedero ut ea distracta pretium ad me adferres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo erit, si tu vendendam promisit, tuo periculo perit.* (Si yo te diera una cosa valuada en su estimación para que, vendida ésta, me entregues el precio, y ésta parece, si en verdad yo fui quien te lo pedí, parece bajo mi riesgo; si tú prometiste venderla, parece bajo tu riesgo).

Puede observarse la coincidencia, en buena parte literal, con el citado texto de Ulpiano.

*Ulp.*

*Si... tibi aestimata dedero ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum deinde haec perierint... si quidem ego te... rogavi meum esse periculum si tu me tuum...* (Si... te las hubiera dado valuadas para que me devolvieras las mismas o el precio de ellas y luego perecieran... si efectivamente yo te... lo había pedido el riesgo es mío, pero si tú fuiste quien me lo pidió, la pérdida es tuya).

*PS.*

*Si... aestimatam tibi dedero ut... pretium ad me deferres eaque perierit si quidem ego te rogavi meo periculo perit si tu... tuo periculo erit.* (Si... te la hubiera dado valuada para que... me entregues el precio y la misma pareciera, si en verdad yo fui quien te lo pedí, parece bajo mi riesgo, pero si tú prometiste venderla, parece bajo tu riesgo).

La vulgarización del modelo clásico ha alterado esencialmente el sentido del contrato en cuestión. No se trata ya de una obligación alternativa –de devolver lo recibido o pagar la estimación–, sino de pagar un *pretium*, que, al presuponerse la venta –“*ea distracta*”–, no se puede decir ya si es la *aestimatio* (como en Ulpiano) o el precio obtenido por la venta (como en la *datio ad credendum*). En Ulpiano el *pretium* era el de la *aestimatio*, pero, al desaparecer la alternativa y presuponerse la venta, ese precio viene a ser el de esta venta; de este modo, desaparece el sentido del negocio estimatorio. Luego, la posible iniciativa del accipiente se presenta como una “promesa” de vender, con lo que parece confirmarse que el *pretium* es el obtenido por la venta. Y sigue constando, aunque sin mención de autoridades jurisprudenciales, que el riesgo por la pérdida de la cosa –sólo implícitamente se entiende que es “antes de la venta”– debe cargar sobre el

preferentemente interesado en el negocio; sin distinguir ya el caso de responsabilidad por *culpa* cuando no puede apreciarse preferencia alguna.

Con esta vulgarización de las PS., el contrato estimatorio ha sido sustituido por un mandato de vender, aunque puede ser también en interés del mandatario, en cuyo caso, corre éste con el riesgo de lo que no haya llegado a vender: se le hace responder, no sólo por la *culpa* de la pérdida sino por no haber cumplido su obligación de vender.

Si la vulgarización occidental ha desfigurado totalmente el contrato estimatorio del texto de Ulpiano, los Compiladores, por su parte, lo han conservado en su sentido genuino, pero han confeccionado sobre Ulpiano una "*laudatio actionis*" para su "*actio aestimatoria*" del título D. 19, 3. Este título del Digesto consta sólo de este fragmento atribuido a Ulpiano y otro breve (frag.2) sumamente enigmático: *haec actio utilis est et si merces intervenit*.

Lenel, para conservar la conexión compilatoria de este breve fragmento con la *actio aestimatoria*, ha tenido que corregir la "*inscriptio*": aparece en el Digesto como de Paul. 30 *ad ed.*, pero Lenel lo coloca en el 34 *ad ed.*, es decir, al final del comentario a los contratos, como hace con el frag. 1 de Ulp. 32 *ad ed.* Con este discutible apoyo, introduce Lenel en ese lugar, una acción estimatoria en su reconstrucción del Edicto.

Ahora bien, Paul. 30 *ad ed.* trata de las acciones llamadas *adiecticiae qualitatis* y de la tributaria, además de los senadoconsultos Macedoniano y Veleyano; nada impide pensar que Paulo se refiriera a la acción *exercitoria* o *institoria*, en las que la persona encargada del negocio puede ser también un esclavo ajeno; y, en este caso, Paulo diría que también resulta "útil", es decir, utilizable, la acción en caso de que esa persona ajena cobrara una merced por su trabajo. En efecto, al mismo Paulo (D. 14, 1, 5 pr.), a propósito de la *actio exercitoria* prevé que el *magister navis* puede ser un esclavo ajeno cuyas *operae* se han contratado con el dueño: *quod operas servi mei conduxeris*.

Así, sólo queda, como testimonio de la *actio aestimatoria* el fragmento atribuido a Ulpiano 32 *ad ed.*

Ulp. 32 *ad ed.* trataba de los contratos de compraventa y locación-conducción. Nada excluye que en ese libro, a propósito probablemente de la compraventa, se hiciera referencia al caso de *res aestimata vendenda data* como contrato similar a una venta, y que se repitiera abreviadamente la utilidad de la *actio praescriptis verbis*, como el mismo Ulpiano ya había explicado en 28 *ad ed.* más explícitamente.

Los Compiladores aprovecharon esta breve referencia incidental de Ulpiano para una "laudatio" de un supuesto edicto "de aestimato"; como en otras ocasiones, añadieron esta calificación a la *actio praescriptis verbis*: "*dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem*". Con una aplicación que excede del contrato estimatorio, pues se dice que tal acción debe darse siempre que *de nomine contractus alicuius ambigeretur*: esto podía valer quizá para la *actio praescriptis verbis*, pero no para la *actio aestimatoria* confundida con ella, que sólo servía para el caso concreto del contrato estimatorio. Pero Ulpiano sí que podía dar la *actio praescriptis verbis* para varios casos de ventas atípicas.

Resulta prácticamente imposible reconstruir el tenor de la breve referencia de Ulpiano a propósito de esa extensión de la *actio venditi*.

Dice así este fragmento D. 19, 3, 1 pr.-1:

(pr.) *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; es enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudiciis diximus. (1.) Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.* ([pr.]. Se propone la "acción estimatoria" para resolver una duda. Porque se dudó mucho, cuando se da valuada una cosa para que se venda, si habrá la "acción de lo vendido" a causa de la valuación (estimación), o la "acción por lo locado", como si se considerara que yo había dado la cosa en locación para que se vendiera, o la "acción de conducción", como si yo hubiese tomado en arrendamientos servicios, o la "acción de mandato". Y así, pareció mejor que se propusiera esta acción [*actio de aestimato*], porque siempre que se dude sobre el nombre de algún contrato, pero conviniera que se dé alguna acción, se ha de dar la "acción estimatoria *praescriptis verbis*"; porque se hizo un negocio civil, y ciertamente de buena fe, por lo cual también en este caso tiene lugar todo lo que hemos dicho respecto de los "juicios de buena fe". [1] Pero la estima-

ción ocasiona el riesgo por la pérdida del que tomó a su cargo la cosa; así, pues, o deberá devolver sin menoscabo la misma cosa, o la estimación que se convino).

Este texto ha sido repetidamente criticado como compilatorio. Ya el planteamiento de las *dubitaciones* de calificación del negocio —*fuit enim magis dubitatum*, aunque nada conservado refleja tales dudas— como venta, locación, conducción o mandato tiene todo el aire de una disquisición doctrinal bizantina; como en tantas otras ocasiones, Justiniano alude a antiguas “*dubitaciones*”, que no se encuentran en los juristas clásicos, y que debían de ser disquisiciones escolásticas de los bizantinos. Luego, el mismo reenvió en vacío a lo dicho sobre los juicios de buena fe parece compilatorio. En fin, lo que añade el S1 de que la *aestimatio* carga siempre el riesgo sobre el accipiente está en clara contradicción con la distinción que Ulpiano recogía en consideración al interés preferente del contrato. Pero lo más sintomático de la interpolación es el “comienzo *actio de aestimato...*” que presupone la inmediata rúbrica del título compilatorio; “*de aestimatoria* (y se añade en el índice del Digesto) *actione*”. Esta apertura del fragmento no puede ser de Ulpiano. Aunque supongamos que el nombre de “*actio de aestimato*” fuera clásico, Ulpiano hubiera debido empezar por referirse al caso especial en que tal acción se daba, antes de justificar la razón de tal acción. Y, si así lo hacía, los Compiladores no hubieran dejado de aprovechar esa introducción para su propio título.

Así, pues, me atrevo a afirmar que, a propósito de la *actio venditi* —no al final del libro 32 *ad ed.*— Ulpiano trataba de la conveniencia de una *actio* (venditi) *praescriptis verbis* para algún caso de venta atípico, como la del contrato estimatorio. Y que fueron los Compiladores, con su afición “clasicista” a dar nombres a las acciones los que inventaron la “*actio de aestimato*” o “*aestimatoria*” como tipo especial de la *actio praescriptis verbis* de Ulpiano. La inventaron como acción “*proposita*” en el Edicto, cuando la *actio praescriptis verbis*, que Ulpiano daba incidentalmente para ese caso de venta atípica, nunca pudo ser objeto de una cláusula especial del Edicto, ni de una fórmula exclusiva para el contrato estimatorio enunciado en el Edicto pretorio. Parece evidente que tenemos aquí la misma mano que escribió en Inst. 4, 6, 28: *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur* (también para la *permutatio*, vid. infra). El mismo verbo *proponere* (insólito para acciones como ésta) en presente indica que no se trata del Edicto, sino de la doctrina jurisprudencial recibida por los Compiladores.

Así pues, Ulpiano trataba de la venta atípica de *res aestimata* con obligación alternativa de pagar la estimación convenida o devol-

ver lo no vendido por el accipiente, y daba como procedente para ese caso la más general *actio (venditi) praescriptis verbis*.

Esta acción no tenía por qué aparecer tipificada en el Edicto. Se debía a una opinión de Labeón luego aceptada en la doctrina común. Debía servir para todos aquellos casos de ventas atípicas. Ulpiano, 32 *ad ed.* —D. 19, 5, 20 pr., vuelve a citar a Labeón para dar esta misma acción (*puto verius esse praescriptis verbis agendum*) en el caso de venta de caballos a prueba. Asimismo, vuelve Ulpiano, 31 *ad ed.* —D. 17, 2, 44, a dar la *actio praescriptis verbis* para el contrato estimatorio que no se contraía como contrato de sociedad entre el que daba una cosa y el que debía venderla. Es la misma *actio "civilis"* que también daba Paulo, 5 *quaest.* —D. 19, 5, 5, 2, en el caso de *do ut facias*, aunque en alternativa con la *condictio* recuperatoria de lo dado; en este caso, no se trataba tanto de venta cuanto de locación atípica, consistente en la entrega de una tabla a un pintor, para que pintara en ella. En efecto, como decía Ulpiano, 30 *ad Sab.* —D. 19, 5, 4, *natura enim rerum conditum est ut plura sint negotia quam vocabula*: había ciertamente muchos contratos atípicos y para ellos convenía dar la acción contractual acomodada a caso mediante una especial *demonstratio* formularia ("*Quod...*"), a la que se refiere la expresión *verba praescripta*; porque no hay que olvidar que los juristas no suelen referirse a las distintas cláusulas de la fórmula procesal con el mismo escrúpulo pedagógico de Gayo. La función de *demonstratio* de esas *praescripta verba* aparece en CJ. 2, 4, 6 (del 230): *utilis actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*. ("acción útil", que con las palabras expresadas indican la cosa que se hizo).

Pero sólo los Compiladores podían llamar *in factum* a esta *civilis actio*. La rúbrica de CJ. 4, 64, *de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione* todavía no, pero sí la de D. 19, 5, *de praescriptis verbis et in factum actionibus*, presenta ya la confusión. La acción era "*civilis*" porque era fundamentalmente la del contrato, y por eso era de buena fe, sin necesidad de enumerarla entre ellas (Gai. 4, 62), antes de convertirse en una típica "acción general" de los contratos innominados (Inst. 4, 6, 28) y de que apareciera llamada "*in factum*" o "*incerti*", además de "*civilis*". Así, pues, en D. 19, 5, 13 pr., la sustitución de la acción *praescriptis verbis* que daba Ulpiano por una *actio in factum* debe atribuirse a la confusión de los Compiladores: [*sed in factum quasi alio negotio gesto*].

Si negamos que la acción del contrato estimatorio fuera "*in factum*", lo mismo debemos decir de la supuesta acción *in factum* para el

contrato de permuta que los Compiladores colocan a continuación de aquella otra (D. 19, 4), como distintas ambas de las otras similares del título 19, 5 del Digesto.

Es ya un dato importante que los sabinianos, según se nos dice (Gai. 3, 141 y Paul. 33 *ad ed.* –D. 18, 1, 1, 1), dieran, para el caso de permuta, la acción contractual de la compraventa, sin más. Hay que pensar, pues, que también fue Labeón quien, como en el caso del contrato estimatorio, pensó que era mejor poner en la acción contractual unos *verba praescripta* para “demostrar” la especialidad del contrato; la diferencia doctrinal no era, pues, tan grande: se trataba siempre de una *actio civilis*, y nunca *in factum*.

La idea de que la acción de la permuta era *in factum* se debe al espejismo de la que se da en caso de evicción, precisamente porque, al no haber *datio*, no hay contrato, Porque es claro que, si hay evicción de lo entregado, no hay *obligatio* contractual: *alienam rem dantem nullam contrahere obligationem*, (el que da una cosa ajena no contrae obligación por permuta), como ya decía Pedio, citado por Paulo (D. 19, 4, 1, 3). Al no haber contrato, no podía haber acción contractual *praescriptis verbis*, sino sólo la *condictio* recuperatoria por parte del que sufrió la evicción, como en otras *dationes ob rem: ut res nobis reddatur condictioni locus est [quasi re non secuta]* (*ibid* § 4), (para que se nos devuelva la cosa, tiene lugar la *condictio* como si el asunto no se hubiera verificado). Pero el pretor podía dar –sólo en este caso de evicción–, en vez de la *condictio*, una acción, esta sí, *in factum*, como nos dice el mismo Paulo (*ibid*. § 1): *si ea res quam acceperim vel dederim postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur* (si la cosa que yo hubiera recibido o dado, fuera después reivindicada, se responde que se ha de darla *actio in factum*).

Similar a una permuta pero distinto de ella es el contrato de *datio* para que el accipiente manumita a un esclavo suyo: Paul., 5 *quaest.* –D. 19, 5, 5, 2, que presenta la alternativa entre la *actio praescriptis verbis* y la *condictio* recuperatoria de lo dado; pero si hay evicción de lo dado (y no procede la *actio de dolo*), Juliano daba la *actio in factum* (que los Compiladores dicen “*civilis*”); como también recuerda Ulpiano, 4 *ad ed.* –D. 2, 14, 7, 2: *Iulianus scribit in factum a praetore dandam*; en tanto Mauriciano sostenía que procedía la *actio praescriptis verbis* de cualquier contrato atípico; en efecto, en este caso no había propiamente el *do ut des de la permutatio*, sino el *do ut facias*, y no había que suplir la acción general por no haber permuta a causa de la evicción: había otro contrato atípico distinto: *esse enim contractum*,

*quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio* (pues hay un contrato, que Aristón llama "synállagma" de donde nace esta acción). Y en este caso no era posible la *condictio* porque el que sufrió la evicción nada había dado.

# **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**



## **EL CONTRATO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE DE MERCADERÍAS A TRAVÉS DE UN SOBREVUELO**

RAÚL ALBERTO RAMAYO\*

### **I. Dinámica y renovación de la actividad comercial**

La actividad comercial, caracterizada de suyo por un gran dinamismo y renovación, impone una permanente adecuación a los cambios que, en el último medio siglo, se mueven con una velocidad vertiginosa, y que se contagia al transporte internacional de mercaderías, el que, como es obvio, no puede ser ajeno a ese ritmo, debiendo acompañarlo con armonía y eficiencia, en lo que concierne a los mercados, a la evolución de las mercaderías, a los modos, a los medios, a las formas y a las garantías del transporte y, cuanto más, a los protagonistas que conforman el servicio de transporte internacional. No hay otro "hecho o realidad" que sea más proteico que el comercial.

Con el objeto de visualizar ese acompañamiento, basta con efectuar una comparación imaginativa pero real... Para ello, hagamos el ejercicio de remontarnos a un pasado lejano y pensemos en un comerciante fenicio. Transportaba en un carro su mercadería hasta un atracadero que hacía las veces de puerto. Junto con su mercadería se embarcaba en un frágil navio que regenteaba su dueño, con quién pactaba el viaje, y recalaba en algún atracadero de la costa del Mediterráneo. Allí bajaba la mercadería, la cual vendía en ese atracadero, o la volvía a cargar en un carro para venderla en una villa o localidad próxima, para luego volver con sus ganancias a su lugar de origen. En la actualidad, quién desee transportar internacionalmente alguna mercadería no debe desplazarse con ella ya que hay otros sujetos que asumen esta responsabilidad en cuanto a su traslación y recepción. Asimismo, el transporte puede realizarse por aire (no sólo por

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. UCA.

tierra o por agua) o por ductos, y la tecnología se ha volcado espectacularmente en los instrumentos o medios utilizables para el transporte: camiones, ferrocarriles, buques, aviones, tuberías.

## **II. El transporte internacional de mercaderías como “hecho o realidad”**

En el mundo contemporáneo, el transporte internacional de mercaderías como “hecho o realidad” requiere, de inicio, atenerse a las precisiones siguientes, sobre las cuales, como es lógico, hay coincidencias y disidencias parciales.

### ***1. Modos y medios de transporte***

No deben confundirse los modos con los medios de transporte. Los modos se refieren, básicamente, al ambiente natural en que se desarrolla el transporte: tierra, agua, aire. Hay corrientes que hablan de los modos como sistemas, y así dividen el modo terrestre en modos carreteros y ferroviarios, a los cuales le suman el modo por ductos (transporte de gas, petróleo o hidrocarburos).

Los medios son los distintos instrumentos (vehículos) que posee y utiliza cada modo para concretar el transporte de las mercaderías, como ser camiones, ferrocarriles, buques, aeronaves, tuberías, transporte que puede efectuarse en diversas formas, v.gr. a granel, por bulto, por contenedores<sup>1</sup>.

### ***2. Trayecto***

Está relacionado con las variantes que pueden darse con respecto a la ejecución del trayecto transfronterizo que deben recorrer las mercaderías desde el lugar de origen donde son cargadas (localizable en un país) hasta el lugar de destino donde son descargadas definitivamente, en forma total o parcial (localizable en otro país).

Sobre este particular, las situaciones que, con trazo grueso, pueden plantearse, son las siguientes:

a.- el trayecto se ejecuta o cumple en una sólo operación, por un mismo modo y medio (v.gr. camión, buque, aeronave). En esta hipóte-

<sup>1</sup> El Código Aduanero dedica los artículos 485 a 487 al régimen de los contenedores, los que fueron sustituidos por la ley 24.921, art. 45, que agregó una disposición sobre admisión temporaria de contenedores.

sis, el trayecto total puede cubrirse con escalas técnicas (reabastecimiento del medio empleado), pero sin que ello implique descarga de mercaderías.

b.- El trayecto se ejecuta por un mismo modo y medio, en forma segmentada o fraccionada, pero en un segmento o fragmento, se reemplaza el medio empleado por otro igual que lo sucede en la ejecución del transporte. El traslado de las mercaderías no se concreta en una sólo operación sino en dos o más etapas, que pueden incluir países de tránsito, entre los países de origen y de destino final. En un lugar, previamente determinado, las mercaderías son descargadas, para ser luego recargadas a otro medio análogo (v.gr. de una aeronave a otra). Como se advierte, no se trata de una escala técnica. Nos encontramos en presencia de un transporte acumulativo de distintos medios de un mismo modo de transporte.

c.- El trayecto se ejecuta por etapas, en forma fraccionada o segmentada, por dos o más modos de transporte, con sus respectivos medios (transporte combinado). En un lugar previamente determinado, las mercaderías son descargadas del medio del modo de transporte utilizado para luego ser recargadas al medio del otro modo de transporte que continuará la ejecución del transporte (v.gr. de un buque a una aeronave). También aquí pueden aparecer los países de tránsito. Nos encontramos en presencia de un transporte acumulativo de distintos modos con sus respectivos medios.

### ***3. Los protagonistas***

En su versión más simple y remota, los protagonistas eran el dueño de las mercaderías que debían transportarse y el dueño del medio de transporte. La complejidad que fue adquiriendo el transporte de mercaderías, especialmente en el ámbito internacional, ha ido sumando, cuando no reemplazando, a esos iniciales protagonistas, por las figuras del cargador, del expedidor, del porteador, del destinatario, del consignatario y, últimamente, por la del operador de transporte.

### **III. Captación normológica del "hecho o realidad" con que se muestra el transporte internacional de mercaderías**

Dado los límites que nos hemos impuesto para este trabajo, el exámen crítico de esta captación normológica, desde el punto de vista dikelógico, lo diferimos, parafraseando a Rudyard Kipling, como tema para otra ocasión.

Es evidente que la figura jurídica mediante la cual se capta normológicamente el transporte internacional de mercaderías, es el contrato que se identifica con el mismo nombre, al que para su mejor individualización, se le adiciona el modo o los modos que lo conforman, v.gr., contrato internacional de mercaderías terrestre, o por agua o por aire o multimodal.

### ***1. Autonomía de la voluntad de las partes<sup>2</sup>***

El contrato internacional de transporte de mercaderías, a título oneroso (pago o remuneración por el porteo o traslado), por ser un contrato comercial o mercantil, esto es, por versar sobre asuntos o materias exclusivamente patrimoniales (bienes dispositivos), encuentra su primera regulación en lo que convengan o pacten las partes (cargador o expedidor y porteador) mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea:

a. de fondo, en sus dos vertientes:

a\*: autonomía de la voluntad sustancial o material:

Las partes, mediante cláusulas sustanciales o materiales, autorregulan su relación, en particular, sobre objeto y los efectos (derechos y obligaciones) del negocio de transporte internacional que los liga (solución para-estatal de los casos internacionales).

a\*\*: autonomía de la voluntad conflictual:

Las partes eligen el derecho que va a regir su relación negocial de transporte. La voluntad de las partes opera como punto de conexión conductual de una norma indirecta.

b. procesal (jurisdicción internacional):

Las partes eligen el tribunal estatal o arbitral, al cual se comprometen a acudir ante un conflicto que se suscite con motivo de su relación negocial internacional, y que no pueda ser resuelto por la negociación (prórroga de la jurisdicción *ius privatista* internacional).

Ambas autonomías de la voluntad (de fondo, en sus dos vertientes, y procesal), pueden ser utilizadas en forma global (conjunta) o parcial, por las partes.

Pero esta fuente de singular importancia, puede tener un margen acotado en cuanto a su amplitud, toda vez que:

<sup>2</sup> V. nuestro "*Derecho Internacional Privado*", EDUCA, Bs. As., 1998, págs. 208 y ss.

a. Por la ínsita configuración de la actividad comercial, una de las partes tiene, con frecuencia, una posición dominante en la relación negocial del transporte. Ello posibilita que esta parte se encuentre en aptitud de imponer a la otra condicionamientos (derechos y obligaciones) que les sean favorables, los que se traducen en cláusulas predispuestas que a la parte más débil, sólo le resta como derecho la opción de aceptar o rechazar. Desde antiguo, esta ha sido la característica del contrato internacional de transporte de mercaderías, en el cual el transportista o porteador ha hecho valer su posición dominante.

b. Cuando el transporte internacional de mercaderías se ejecuta en forma fraccionada o segmentada, las dificultades del cargador o expedidor se multiplican en lo que concierne al ejercicio de la autonomía de la voluntad, especialmente cuando se emplean distintos modos y medios de transporte, ya que cada uno de éstos tiene una regulación distinta la que, asimismo, puede variar en cada uno de los Estados nacionales involucrados en el trayecto de transporte.

c. Por naturaleza, el transporte internacional de mercaderías, cuando su trayecto se ejecuta en forma fraccionada o segmentada, no sólo requiere su sometimiento al régimen aduanero de los países de origen de la carga y de destino de descarga definitivo, sino que también entran en juego los países de tránsito que se utilizan como lugares de descarga y recarga transitoria de las mercaderías, a otros medios o modos.

d. Es necesario contemplar las distintas situaciones que se suscitan en lo que atañe a las responsabilidades del porteador y del expedidor, tanto en lo que concierne al nexo jurídico que los vincula, con el que los enlaza con las mercaderías transportadas. Esas responsabilidades no son las mismas ni poseen la misma claridad, para el caso de que el trayecto del transporte de las mercaderías se ejecute en una única operación, como para el caso de que se ejecute en forma fraccionada o segmentada, esto es, por etapas, con cambio de medios o modos sucesivos. Surge entonces la cuestión de precisar si cada porteador es sólo responsable del trayecto parcial (etapa) que tiene a su cargo, o si uno de los porteadores o un tercero asume o debe asumir la responsabilidad global. La unidad o fraccionamiento de la señalada responsabilidad depende de lo que pacten al respecto las partes o de lo que llegue a decidir la ley.

## **2. Límites a la autonomía de la voluntad de las partes**

Los Estados no pueden ser indiferentes ante los aspectos que reseñamos en el último párrafo del anterior punto 1.- Por ende, a través sus derechos propios, uniforme e interno, procuran:

a. Establecer y garantizar un adecuado y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato internacional de mercaderías (intereses mutuos), esto es, los efectos que derivan de sus respectivas responsabilidades. A tal fin se valen del Orden Público Internacional (OPI), entendido en su versión lata, o sea, como conjunto de principios y de disposiciones<sup>3</sup>. Dijimos más arriba que el contrato internacional de transporte de mercaderías se caracteriza por ser, usualmente, un contrato con cláusulas predispuestas impuestas por el porteador o transportista. Pues bien, estas cláusulas predispuestas carecen de valor si repugnan al Orden Público Internacional, v.gr. el establecimiento de la irresponsabilidad del transportista o porteador. Las normas de Defensa del Consumidor o del usuario incluyen también preceptos de ese carácter.

b. Prever los supuestos donde juegan, en materia de daños y perjuicios, las responsabilidades de reparación subjetiva (ilimitada) y objetiva (limitada) del transportista o porteador, con las correlativas presunción de culpa o negligencia en su contra, según el tipo de responsabilidad (ilimitada o limitada) de que se trate<sup>4</sup>.

c. Reglamentar los efectos del contrato, según la forma que asuma, v.gr. único o fraccionado (acumulativo) singular o combinado, que operan en forma subsidiaria en el supuesto de que las partes no haya ejercitado la autonomía de la voluntad o la hayan ejercitado en forma parcial o insuficiente. Cabe señalar que corresponde por principio a las partes elegir el tipo de transporte, único, fraccionado, etc.

<sup>3</sup> V. nuestro trabajo *"Las normas directas e indirectas del Derecho Internacional Privado"*, ED, 180-1315 y ss. Allí nos explayamos sobre las relaciones que median entre el Derecho Público y el OPI y, entre el OPI como conjunto de disposiciones con las denominadas "normas de policía", "normas de aplicación inmediata" y "normas imperativas".

<sup>4</sup> V. VERGARA, LEANDRO, *"Reglas, funciones y objetivos de la responsabilidad civil"*, LA LEY del 23 de setiembre de 1999; FERDER, EDUARDO LEÓN, *"Límite de la responsabilidad en el transporte aéreo y los Protocolos de Montreal"*, L L., 1994-A-659 y ss; CNFed, Civ. y Com., Sala III, sentencia del 15/10/93 in re "La Territorial de Seguros S.A. c/ Capitán y/o Armador y/o Prop. buque San Luis", LL, 1994-B-191 y ss.

d. Reglamentar el contenido de los documentos que deben emitirse en ocasión de celebrarse un contrato de transporte internacional de mercaderías y si son o no negociables (cartas de portes o guías terrestre y aérea, conocimientos).

e. Imponer a las partes la sujeción a las normas que integran los Derechos Públicos de los distintos Estados involucrados en la ejecución del trayecto de traslación de las mercaderías, con especial referencia a las que componen su Derecho Aduanero (régimen de control de las operaciones de carga y descarga de mercaderías).

f. Determinar las normas de localización de la jurisdicción internacional competente, convalidando la elección de las partes (prórroga de jurisdicción) o disponiendo en forma subsidiaria.

### ***3. Conjunción de la autonomía de la voluntad de las partes y de sus límites***

Es importante destacar que todo contrato comercial internacional, en nuestro caso el de transportes de mercaderías, involucra, por lo menos, a dos Estados nacionales. Por lo tanto, el Derecho Público y el Orden Público Internacional de los Estados involucrados, operan como límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad del transportista o porteador y del cargador o expedidor, adquiriendo carácter prioritario y prevalente, como es obvio, el Derecho Público y el Orden Público Internacional del foro en que pueda recaer el caso litigioso. Esta regla limitativa debe ser tenida ineludiblemente en cuenta por las partes, en previsión de que cualquier incumplimiento del contrato de transporte no puede ser resuelto extrajudicialmente (negociación) y se recurra entonces a la decisión de un tribunal<sup>5</sup>.

En la hipótesis de que el citado tribunal sea argentino, al abocarse al caso, deberá resolverlo en función de lo pactado por las partes (autonomía de la voluntad), sin perjuicio de la aplicación de la regla limitativa comentada en el párrafo anterior. Si las partes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad, o lo han hecho de manera parcial o insuficiente, el tribunal debe apelar a su Derecho propio en la materia, principiando por su Derecho propio uniforme y si éste, a su vez, es insuficiente, debe refugiarse en su Derecho propio interno. Vale aquí señalar el mayor rango jurídico del Derecho uniforme en su relación con el interno (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Ade-

<sup>5</sup> V. igual remisión de la nota 2.

más no debe olvidarse que en el ámbito del Derecho Privado, los jueces "...no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes...Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"(Cód. Civil, arts. 15 y 16).

#### ***4. Normativa en materia de contratos de transporte internacional de mercaderías***

Nuestro Derecho propio, uniforme e interno, posee normas directas e indirectas que regulan el contrato de transporte internacional de mercaderías, ya sea por tierra, por agua o por aire. Dichas normas están insertas en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889/90, en los Tratados de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1939/40 (que también se aplica al transporte aéreo), en la Convención Internacional de Bruselas (1924) para la Unificación de ciertas reglas en Materia de Conocimientos (transporte por agua), en la Convención Internacional de Varsovia (1929) y sus modificaciones, sobre ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, en la ley 20.094 (de navegación), en la ley 24.921 (de transporte multimodal) y en los arts. 1205/1216 del Cód. Civil<sup>6</sup>.

### **IV. Contratos de transporte internacional que han adquirido autonomía**

#### ***1. de transporte multimodal.***

Las normas citadas en el cap. III-punto 4, se han adentrado en la solución de los problemas propios del transporte internacional de mercaderías, acerca de los cuales nos explayamos más arriba. Sin embargo, los cambios vertiginosos de la realidad económica-financiera-comercial mundial, en un marco de globalización, ha tornado en inadecuadas (desactualizadas) a las citadas normas sobre transporte internacional de mercaderías, en múltiples aspectos. Esta situación ha determinado que se promuevan a su respecto las modificaciones de las legislaciones uniforme e interna. Variadas propuestas, en es-

<sup>6</sup> V. nuestro "*Derecho...*", cit. , págs. 228/232, 242 y 244.

pecial proyectos de convenciones internacionales se encuentran en la sala de espera. Hay razones para ello. En el contrato de transporte internacional de mercaderías, como en cualquier otra actividad comercial, el entrecruzamiento de los intereses en juego es muy intenso, ya que cada cual procura el mayor beneficio con el menor perjuicio. Por eso, las soluciones legales que se proyectan para equilibrar esos intereses, suelen ser evasivas y renuentes a su aprobación.

Los comerciantes se mueven en este campo con una muy ágil adaptación para enfrentar los cambios de esa realidad, utilizando su capacidad creativa en la concreción de nuevas figuras contractuales, que emanan de un hábil ejercicio de la autonomía de la voluntad. Aunque con retardo ( asincronía legislativa) el legislador se preocupa por captar esa realidad, para darle un cuerpo jurídico positivo.

En orden a ello, cabe focalizar los contratos siguientes:

### ***1. de transporte multimodal***

Para la existencia de este contrato, la corriente que ha motorizado su autonomía, considera que no sólo es esencial que se empleen dos o más modos de transporte, sino que también es esencial la exigencia de que una persona o empresa se encargue y sea responsable de todo lo que concierna a la ejecución del transporte en la totalidad de su trayecto, esto es, en todas las etapas en que se segmente o fraccione. Surge pues, como personaje ineludible del contrato internacional de transporte multimodal, el Operador de Transporte Multimodal (OTP) <sup>7</sup>.

Sobre este contrato autónomo se ha elaborado en las Naciones Unidas el "Convenio sobre Transporte Multimodal de Mercaderías". También la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en conjunción con la Cámara de Comercio Internacional (CCI), han confeccionado las "Reglas relativas a los documentos de transporte multimodal", a los que se agrega el acuerdo de transporte multimodal internacional entre los Estados Partes del Mercosur. Estos instrumentos internacionales no han contado, por ahora, con la ratificación de nuestro país.

En el ámbito interno, se encuentra vigente la ley 24.921 (B.O. del 12/12/97) la cual establece que la misma es de aplicación "...al transporte multimodal internacional de mercaderías cuando el lugar de

<sup>7</sup> V. MOHORADE, ALFREDO, "Transporte contemporáneo (La irrupción de los operadores)", LL, 1991-B-923 y ss.

destino previsto contractualmente por las partes se encuentre situado en jurisdicción de la República Argentina". A diferencia de los instrumentos mencionados en el párrafo anterior, esta ley establece un número cerrado en cuanto a los modos, pues precisa que lo son la "...vía acuática, aérea, carretera o ferroviaria, excluidos los meramente auxiliares"<sup>8</sup> (art. 2 inc. b). Teniendo en cuenta que el progreso tecnológico genera la expectativa de posibles nuevos modos, productos de la cualidad creativa humana, hay quienes, con fundamento, no limitan los modos (textura abierta)

## ***2. de transporte por ductos***

El contrato de transporte por ductos, está contemplado en las leyes 17.319 (de hidrocarburos) y 24.076 (de gas natural). Dado que el desplazamiento (transporte) internacional de petróleo o de gas por ductos, constituye también un negocio internacional, cabe esperar que se concrete una legislación internacional al respecto. Son de mencionar, a título de ejemplo, los gasoductos que vinculan a la Argentina (Mendoza, Neuquén) con Chile (ciudades de Santiago, Concepción y, últimamente, la región de Bio-Bio).

## **V. Apéndice**

Aunque las divisas (monedas) responden a una naturaleza propia y no son catalogables como mercaderías, creemos que resulta de interés y, además, ilustrativo, consignar, por su afinidad con el tema que hemos tratado, que el desplazamiento internacional de divisas puede ser físico, pero también puede efectuarse, en materia crediticia, a través de un "modo" muy moderno como lo es la transferencia electrónica. Y de ello ya se ha ocupado las Naciones Unidas mediante un proyecto de ley modelo<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> V. RAVINA, ARTURO OCTAVIO Y ZUCCHI, HÉCTOR A. , *"Régimen del transporte multimodal"*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999.

<sup>9</sup> V. SEMBEROIZ, FERNANDO JAVIER, *Aspectos esenciales de la ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito"*, L L, 1996-D-1371 y ss.

# LA NATURALEZA DE LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN EN LOS FALLOS DE LA CORTE EN LOS CASOS PRIEBKE Y LIENDO ARRIAGA

FERNANDO ROLANDELLI\*

## Introducción

La Corte Suprema de la Nación hizo aplicación reciente de tratados bilaterales de extradición en los casos "Priebke, Erich", del 2 de noviembre de 1995<sup>1</sup>, y "Liendo Arriaga", el 30 de abril del año siguiente<sup>2</sup>. Como es de público conocimiento, se otorgó la misma en el primero y se denegó en el segundo. En ambos casos, el juez de primera instancia la había concedido, siendo su decisión revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Río Negro, en el primero, y la de Tucumán, en el segundo.

No es el objeto de este trabajo analizar los delitos que se imputaban a los solicitados de extradición, ni tampoco un estudio exhaustivo de las razones que llevaron a la Corte a producir dos decisorios opuestos en tan pocos meses. Sólo pretende este trabajo llamar la atención sobre la naturaleza y finalidad de los tratados de extradición, a la luz de los mismos, y sobre su entronque en los principios constitucionales.

## Finalidad de los Tratados de Extradición

Dijo el Procurador General en "Priebke" que "...la finalidad del acuerdo..." "...en definitiva es la asistencia jurídica mutua. Este pro-

\* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado.

<sup>1</sup> S.C. P. 457, L. XXXI.

<sup>2</sup> "La Ley", Suplemento de Derecho Constitucional, 7 de octubre de 1996.

pósito de recíproca colaboración se convierte, así en el nudo rector de la relación vinculante". Concuere da con esta visión el Dr. Bossert, cuando, en su disidencia (por los fundamentos), declara que "...por razones elementales del orden social de aplicación universal, corresponde facilitar, en lo posible, la entrega de los procesados, consagrando así, en la práctica, los altos fines de la justicia penal instituída en todos los países civilizados para garantía de sus habitantes".

Es esta la visión de la extradición como un instituto meramente procesal<sup>3</sup>, visión que me atrevería a calificar de "clásica". Cita el mismo juez Bossert "...reiterada jurisprudencia de la Corte..." que los califica de "meras formas de procedimientos para la entrega de los procesados o condenados", y no "...leyes penales...", que "...afecten la disposición del art. 18 de la Constitución Nacional."<sup>4</sup> El tratado de extradición es entonces un mecanismo de ayuda judicial entre Estados.

Existe en cambio una visión "moderna" acerca de la finalidad de estos tratados. Esta visión los considera tanto un mecanismo de este tipo como una garantía para los particulares. En esta escuela se enroscan la mayoría de la Corte como el Procurador General en el segundo de los casos analizados. Dijo el Procurador: "Los tratados de extradición, al definir las formas de demandas de esa naturaleza, excluyen por este medio toda posibilidad para uno de los Estados signatarios o sus agentes de solicitar la entrega del delincuente por otras vías".<sup>5</sup> Concordando con esta visión, el voto de la mayoría de la Corte sostuvo que "... los tratados de extradición no constituyen únicamente instrumentos destinados a reglar las relaciones entre los estados; además deben ser entendidos como garantía de que ninguna persona será entregada sino en los casos y bajo las condiciones que en ellos se establezcan". En el mismo sentido, el juez Petracchi, en su disidencia (por los fundamentos), aunque reconoce que "... no constituye un impedimento para conceder el pedido formulado por la República del Perú la circunstancia de que el país requirente haya invocado el principio de reciprocidad y no el Tratado de Montevideo de 1889, para solicitar la extradición", lo cual lo pondría en oposición a la noción de que la existencia de un tratado de extradición excluiría toda posibilidad de

<sup>3</sup> Más sobre esto luego.

<sup>4</sup> Del voto del Dr. Bossert.

<sup>5</sup> Y cita un artículo de ANDRÉ DECOQ, "*La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition*", publicada en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964, p. 411.

pedirla por otra vía, en definitiva aplica el citado tratado al analizar la procedencia de la misma, al sujetarla a las causales regladas en el mismo, aunque no haya sido invocado como marco del pedido<sup>6</sup>.

Las consecuencias de abrazar una u otra visión son importantes. Según la primera, siendo el principal objeto y finalidad del tratado de extradición lograr la entrega de los procesados o condenados, y siendo sus beneficiarios fundamentalmente los Estados parte, no existiría óbice en hacer las interpretaciones extensivas que fueren necesarias para lograr esa entrega. Tampoco se seguiría a la existencia de un tratado de este tipo la obligación de los Estados parte de abstenerse de obtener la entrega del reo por otras vías<sup>7</sup>. El Estado requerido podría, si lo estimara conveniente<sup>8</sup>, facilitar en lo posible la entrega del reo por todos los medios<sup>9</sup>, supliendo incluso la actividad del tribunal requirente, no sólo en cuanto a los aspectos formales, sino también de fondo (calificación del delito, marco legal, etc.)<sup>10</sup>. Esta forma de ver a los tratados de extradición tiene fuertes apoyos en la creciente colaboración entre los Estados a fin de reprimir las conductas delictuales y en la noción de la obligación que existe entre ellos de ayudarse en materia judicial. No deja de estar acorde con la tendencia de considerar obligación de los Estados promover el castigo de los delitos internacionales y de aquellos que vulneran los derechos humanos, tendencia que, en su última instancia, propugna la creación de tribunales penales internacionales.

No así, en cambio, si se mantiene la segunda posición. Los requisitos de fondo y las formalidades establecidas en un tratado de extradición para que ésta sea procedente no sólo tienen por objeto facilitar las cosas a los Estados partes, sino garantizar la seriedad de sus pedidos para salvaguarda de los derechos del solicitado de extradición<sup>11</sup>. No es posible para el Estado requerido realizar ninguna actividad tendiente a suplir deficiencias del pedido formulado, ni mucho menos alterarlo (con otra calificación del delito, por ejemplo), a fin de que

<sup>6</sup> Del voto del Dr. Petracchi.

<sup>7</sup> Ver, a este respecto, la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en "Alvarez Machaín", Supreme Court of the United States n° 91-712, Syllabus ap. a, b y c.

<sup>8</sup> O incluso podría sostenerse que está obligado a ello.

<sup>9</sup> Ver, sobre la aplicación del principio *iura novit curia* a este respecto, el comentario del Dr. Raúl Ramayo al caso Liendo Arriaga, op. cit.

<sup>10</sup> Ver el voto de la mayoría en "Priebke", al cambiar la calificación del delito atribuido al reo.

<sup>11</sup> Del voto de la mayoría en "Liendo Arriaga".

llevar la extradición a feliz término. Los tribunales del mismo no se encuentran jurídicamente habilitados para suplir oficiosamente la errónea alegación del derecho por el Estado requirente, ni para adoptar la producción de medidas y diligencias que permitan encuadrar en la normativa aplicable el régimen y tramitación del pedido de extradición<sup>12</sup>. Todos los tratados de extradición y la nueva ley interna de extradición<sup>13</sup> contienen normas que consagrando principios que resguardan estos derechos individuales: la exclusión de cierto tipo de delitos<sup>14</sup>, la doble incriminación<sup>15</sup>, la exclusión de delitos cuyas penas no fueran de cierta gravedad<sup>16</sup>, el principio de especialidad (por la cual el extraditado sólo puede ser juzgado por el delito por el cual se lo extraditó, contrayendo el Estado requirente la obligación de devolverlo al Estado requerido si resultara absuelto y de no "reextraditarlo"<sup>17</sup>), entre otras.

## **El Derecho de Extradición y la Constitución Nacional**

Sin adentrarnos en la problemática de la jerarquía de las normas presente en la Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 22, nos limitaremos a ver cuál de los principios constitucionales considera la Corte Suprema reglamentado por el derecho de extradición.

*Dijo la Corte en "Priebke", que el a quo consideró que, al analizar sobre la aplicación del tratado suscripto con la República de Italia en 1886 y ratificado por la ley 3035 o bien el posterior, aprobado por ley 23.719, vigente desde el 1º de diciembre de 1992, el juez de primera instancia había correctamente resuelto sobre la base del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional). Sin embargo, tras cartón declara que la opinión del Procurador General, favorable a la aplicación del tratado posterior, no contradecía el artículo constitucional citado, pues "...las convenciones sobre extradición no constituyen leyes penales, sino meras formas de procedimientos para la entrega de los procesados o condenados, según la reiterada jurisprudencia de la Corte (Fallos: 110:412)..."*<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Del comentario del Dr. Ramayo. El citado califica de "excesivo ritualismo" el parecer del voto mayoritario.

<sup>13</sup> Ley 24.767.

<sup>14</sup> Art. 8º, ley citada.

<sup>15</sup> Arts. 6 y 7, ley citada.

<sup>16</sup> Art. 6, último párrafo, ley citada.

<sup>17</sup> Art. 18, ley citada.

<sup>18</sup> Del voto de los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, disidencia por los fundamentos, punto 11.

Posteriormente agrega que "...las normativas sobre extradición no son reglamentarias del artículo 18 de la Constitución Nacional sino del artículo 14 de la Carta Magna, en tanto no es la finalidad de estos procedimientos la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido por el hecho por el que se lo solicita, sino que importan excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir de (*sic*) país"<sup>19</sup>. A continuación aclara "...garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene un derecho irrevocablemente adquirido"<sup>20</sup>. En el mismo sentido, del voto de los Dres Augusto César Belluscio y Ricardo Levene, en disidencia, surge el siguiente párrafo: "4º) Que desde antiguo esta Corte ha concedido extradiciones por hechos anteriores a la entrada en vigor de los tratados bilaterales que la regían (Fallos: 90:409, 91:130, 113:364, 114:278), ya que éstos no constituyen leyes penales cuya aplicación retroactiva violaría el art. 18 de la Constitución Nacional sino acuerdos tendientes a asegurar la cooperación judicial entre las naciones que, por tal carácter, resultan de aplicación inmediata"<sup>21</sup>.

En "Liendo Arriaga", en cambio, no se trata el asunto de manera tan explícita. Sin embargo, encontramos en el considerando 6º un párrafo revelador de la opinión de la mayoría a su respecto. El citado dice así: "... y dado que las disposiciones que contiene tales tratados regulen restricciones a la libertad, su cumplimiento se vincula no sólo con esa garantía constitucional, sino también con las de defensa en juicio y de debido proceso".

<sup>19</sup> Citando Fallos 311:1925, C.801.XXIV, "Candá, Alejandro Guido s/extradición", cons. 8º, del 23-2-1995.

<sup>20</sup> Considerando 12. Sacando a continuación a relucir una extraña cita de la obra de Montes de Oca, Juan José, "Introducción General al Estudio del Derecho" (1ª Edición, Ed. C. Casavalle, parágr. 121, del año... 1884), que reza: "...los tratados de extradición, que mediante la recíproca entrega de los procesados o condenados, se proponen la represión de la criminalidad, y tienden a la seguridad pública e individual, en las potencias signatarias, son por excelencia leyes de orden público y el cumplimiento de estas disposiciones, rigen los hechos anteriores sujetos a extradición, sin que el refugiado pueda oponer contra ellas ningún derecho adquirido, porque el interés de todos, la justicia y las buenas costumbres exigen la inmediata aplicación de esas leyes, salvo disposición en contrario". Dejo a cuenta del lector el decidir si esta idea es contraria o no a toda doctrina acerca de la aplicación retroactiva de las leyes penales, sin que dilucidar esto sea el objeto de este trabajo.

<sup>21</sup> No obstante, del voto citado surge que ambos doctores sólo consideran esto a efectos de determinar la aplicabilidad del tratado de extradición de 1987; ver su opinión sobre el fondo del asunto *ut supra*.

## Conclusiones

Tenemos, con escasos meses de diferencia entre una y otra, dos sentencias de la Corte Suprema de la Nación que establecen doctrinas interpretativas exactamente opuestas respecto de un instituto cuya importancia aumenta día a día como es la extradición. Un instituto que está articulado mayormente en base a tratados internacionales y que, por consiguiente, puede comprometer la responsabilidad internacional de la Nación. Dejo a manos del lector amante de los detalles la comparación voto por voto de ambas sentencias a fin de determinar la evolución de los pareceres de los jueces, individualmente considerados.

*La ley 24.767, que regula en ausencia de tratados el régimen de extradición, dice, en su art. 11, inc. d): "La extradición no será concedida:... Cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabrirla para oír al condenado, permitirle el derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia" (la bastardilla es mía)<sup>22</sup>. Esta norma, si bien hace obvia referencia al llamado "condenado in absentia", contiene la inequívoca apelación al derecho de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional. La propia Corte Suprema ha sostenido que la determinación de si una condena lo es in absentia no es una simple cuestión formal o abstracta, sino que debe evaluarse en cada proceso extranjero si el condenado ha tenido una efectiva participación personal en el proceso, que le haya posibilitado el ejercicio de su derecho de defensa. Si esto último se verifica, la Corte ha sostenido que la declaración de rebeldía y contumacia efectuada por el tribunal extranjero interviniente se transforma en un mero acto declarativo y, en consecuencia, no empece a la extradición<sup>23</sup>. Por el contrario, si tales circunstancias no se verifican, la condena se califica como in absentia. El rol central que se asigna al pleno ejercicio del derecho de defensa debe ser notado<sup>24</sup>. Si*

<sup>22</sup> Anota el Dr. Raúl Ramayo que los tratados celebrados con España (ley 23.708) y Australia (ley 23.729) contienen fórmulas similares. Ver Raúl Ramayo, "La extradición y el condenado *in absentia*", en ED, 173-589.

<sup>23</sup> Fallo "G.G., J." (5/11/96)

<sup>24</sup> Podría enfatizarse esto diciendo que, si la extradición reglamentara solamente al derecho de entrar, transitar y permanecer en el territorio de la República, quedaría en un pie de igualdad y sería sólo una alternativa a otras reglamentaciones del mismo principio, como por ejemplo la ley que regula la expulsión de extranjeros (22.439)

*la extradición fuera un simple proceso de ayuda o cooperación judicial, en el cual solamente los Estados tuvieran intereses en su calidad de tales, este elemento no estaría seguramente presente. El concepto procesal de la extradición, si bien es formalmente correcto, no debe perder de vista, en su formulación, que el debido proceso adjetivo no es más que la instrumentación del derecho de defensa de fondo del art. 18.*

De esta manera se podrá ayudar a evitar, aunque sea en pequeño grado, que la extradición sea sólo otro recurso al que pueden echar mano los Estados para agradarse unos a otros.



## LAS EMPRESAS DE ORIGEN COMUNITARIO

MARÍA LUJÁN CLARO DE GANDÍA\*

### Introducción.

Los procesos de integración regional que nacieron en la segunda mitad de este siglo surgieron de las necesidades económicas de los países que forman bloques de países para hacer frente al nuevo contexto internacional. Los bloques regionales al ir progresando han trascendido el ámbito puramente económico, para lo cual fue y es menester la armonización de la legislación de los estados miembros. Dicha armonización se lleva a cabo mediante tratados internacionales y/o normas dictadas por entidades supranacionales dando origen a un nuevo derecho con características propias, llamado derecho comunitario<sup>1</sup>.

En estos procesos de integración, la armonización de la legislación se desarrolla en diferentes áreas, más allá de lo meramente económico. Uno de los pilares primordiales en los procesos de integración es la libre circulación de mercaderías, personas y capitales.

En cuanto a la libre circulación de las personas jurídicas, los tres principios fundamentales se encuentran en los tratados fundaciona-

\* Profesora Asistente de Derecho Internacional Privado. UCA.

<sup>1</sup> En el ordenamiento jurídico europeo comunitario se configura como un plexo de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los estados miembros y sus ciudadanos. Dotados de órganos propios, tienen poderes soberanos en ciertas materias específicas y – en la misma medida – los Estados miembros han perdido la soberanía en tales ámbitos reservados a la Comunidad. En ellos, los países miembros conservan, sin embargo, competencias residuales, pero deben ejercerlas conforme a la política legislativa comunitaria. No siendo tan claro en el derecho derivado del Mercosur atento que el ejercicio de las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales aún no se encuentran bien diferenciadas. Ver EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL *“Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano”* pag. 65 y sgtes y 261 sgtes.

les<sup>2</sup> : el reconocimiento de las personas jurídicas como tales entre los países de un marco integrado, la libertad de establecimiento y el tratamiento nacional. A los fines de regular normativamente estos principios los bloques regionales han dictado distintas disposiciones de aplicación comunitarias, entre las cuales se encuentran la reglamentación sobre empresas o asociaciones comunitarias adoptando diferentes modelos. Así la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, creó las Agrupaciones Europeas de Interés Económicos (AGIE) mediante el Reglamento (CEE) N°2137/85 del Consejo del 25 de julio de 1985, en el marco del Grupo Andino, en la década de 1970, generó su propio estatuto societario para las Empresas Multinacionales Andinas, mediante Decisión N°46, complementada por la Decisión N°169, y modificada posteriormente por la decisión N°169 en 1988 y N°192 en 1991. Entre los países que componen el Mercosur, antes de entrada en vigencia de éste, la Argentina y Brasil firmaron en Buenos Aires, el 6 de julio de 1990, el Tratado para el Establecimiento de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas, en el marco del Protocolo N°5 del Programa de Integración y Cooperación Económica Argentino-Brasileña iniciada en 1986 entre ambos países, el cual fue ratificado por Argentina por ley 23.935 y por Brasil por decreto legislativo N°26, del 26 de mayo de 1992. Asimismo la Argentina y Paraguay firmaron un tratado en Asunción el 30 de octubre de 1992 su correlativo estatuto para empresas binacionales argentinas-paraguayas, aún no ratificado.

Nuestro interés en el presente está en mostrar las diferentes estructuras jurídicas de origen comunitario existentes en tres bloques regionales, evaluando, por último, el resultado de estos institutos como medios para lograr la integración regional deseada.

<sup>2</sup> La Comunidad Europea consagra la libre circulación de personas por la regla de trato nacional en el art.7 del Tratado de Roma de 25/03/57, la libertad de establecimiento en los art. 52 y ss., asimismo consagra la libertad de prestación de servicios en los art. 57 y 59 y ss., haciendo referencia expresa a las personas jurídicas el art. 58 alineado 1°.

El Tratado de Asunción que dio origen al Mercosur firmado el 26/03/91 (ley 23.981) firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay consagra la libre circulación de bienes, servicios, y factores de producción entre los países en el art. 1° parr. 3.

El Grupo Andino creado por el Acuerdo de Cartagena en 1969, hoy Comunidad Andina conforme el Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena ( Protocolo de Trujillo de junio de 1997) consagra los principios mencionados de la libre circulación en los arts. 7 y 28.

## **Las normas del derecho comunitario**

El derecho comunitario diferente del derecho interno, es derecho uniforme propio al estar compartido entre los estados que forman la comunidad, cuyas fuentes son de dos clases: los tratados fundacionales que crean a la comunidad o modifican su sistema jurídico (Derecho originario) y las disposiciones emanadas de los órganos propios de la comunidad (Derecho derivado) según los procedimientos establecidos en los tratados fundacionales. En la cuestión que interesa en el presente trabajo, sobre el tratamiento normativo relativo a las empresas en el ámbito comunitario, es necesario resaltar en forma preliminar que las normas que regulan las personas jurídicas comunitarias son de normas directas o materiales, con la particularidad que se integran con el derecho interno mediante normas indirectas.

Las Agrupaciones Europeas de Interés económico están reguladas por el Reglamento 2137/85, normas uniformes que se aplican en todos los Estados miembros, pero el derecho nacional regula sobre consecuencias derivada de la responsabilidad solidaria e indefinida de los miembros (artículo 24.1), las causas de disolución propias a la agrupación y las modalidades de liquidación de éstas (artículo 35), la quiebra de la AEIE, la legislación fiscal aplicable a sus miembros (artículo 40), asimismo de las disposiciones del derecho de la seguridad social, del derecho laboral, etc. no cubierto por el Reglamento (considerando décimo quinto).

La decisión 292 sobre el Régimen Uniforme para las Empresas Multinacionales Andinas, las cuales deberán constituirse como sociedades anónimas, somete al derecho interno del lugar de la constitución de las sociedades anónimas o transformación o fusión (artículo 1), y remite al derecho del país del domicilio principal sobre todas las cuestiones no establecidas en el estatuto social y el presente régimen y a la legislación del país donde se establezca la relación jurídica o la de aquel donde hayan de surtir efectos los actos jurídicos de la empresa multinacional andina, según lo establezcan las normas de derecho internacional privado (artículo 7).

El Estatuto para el Establecimiento de Empresas Binacionales (argentino-brasileños o argentino-paraguayas) establece que las formas jurídicas de las empresas binacionales serán alguna de las admitidas por la legislación del país elegido para su sede (artículo III), el derecho del lugar de la sede determina el tipo que, para su constitución, además, deberán ajustarse a los requisitos establecidos en el estatuto.

*Una de las características del derecho comunitario con relación al derecho interno es la existencia de complejas formas de cooperación que respetan el reparto de competencias de ambos ordenamientos: a) actividad de reenvío: cuando el derecho comunitario reenvía al derecho interno de cada Estado la ejecución de una norma concreta; b) actividad de integración: el derecho comunitario completa sus propias instituciones, incorporando conceptos o institutos jurídicos propios del derecho nacional y c) la actividad de recurso: consiste en la remisión del derecho comunitario al conjunto de las legislaciones de los Estados miembros, para la aplicación de cláusulas generales<sup>3</sup>.*

### **El problema de la "nacionalidad"**

Corresponde hacer mención sobre la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas para aclarar el real significado del término en la materia comunitaria atento que el Reglamento 2137/85 regula los agrupamientos "europeos", la Decisión 292 establece un régimen uniforme para empresas "multinacionales andinas" y Estatuto de Empresas Binacionales (argentino-brasileña y argentino-paraguayas) las agrupa como "binacionales".

El concepto de "nacionalidad" de las personas jurídicas ha sido ampliamente discutido, sin perjuicio de ello, la doctrina coincide que no debe ser entendida en los mismos términos que la nacionalidad otorgada por los Estados a las personas físicas, uniendo a estas últimas política y jurídicamente con su propio estado conformando la comunidad nacional.

Dentro de este orden de ideas los Estados otorgan diferentes privilegios a favor de las personas jurídicas de derecho privado a las "empresas nacionales". Hay autores que sostienen que se debe eliminar el término "nacionalidad" para las personas jurídicas por ser un término equívoco atento que obedece criterios diferentes según los diferentes estados. Por otro lado, se sostiene sobre las ventajas de la utilización del concepto de nacionalidad, toda vez que ante una convención internacional se habla de nacionales de los países signatarios y de extranjeros, incluyendo a las personas jurídicas. Si, por razones teóricas, se descarta la noción de nacionalidad para las personas jurídicas extranjeras, se corre el riesgo de sostener al extranjero que no

<sup>3</sup> Ver EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, ob. Cit pag.76. y LOUSSOUARN & P. BOUREL "Droit International Prive", E.d. Dalloz pag. 963.

se le debe aplicar la convención a las personas jurídicas nacionales cuando en el país de origen se niega la nacionalidad<sup>4</sup>.

La posición de la Argentina sobre la nacionalidad de las personas jurídicas ha sido de siempre constante al no discriminar entre personas jurídicas nacionales y extranjeras, toda vez que se garantiza el trato igualitario entre nacionales y extranjeros por mandato constitucional, esta posición es conocida como la doctrina Bernardo de Yrigoyen<sup>2</sup>.

Esta posición la Argentina no solo la ha mantenido hasta la actualidad sino que desde el decreto de desregulación del 31 de marzo de 1991 se ha sostenido una política de igualdad entre las empresas nacionales y extranjeras, eliminando, por ejemplo la ley de Compre Nacional que distinguía entre empresas nacionales y extranjeras dando preferencia a las primeras. Asimismo la ley de emergencia económica 23.697 (art. 15 2º parr.) garantiza la igualdad de tratamiento para el capital nacional y extranjero que se invierta con el destino de actividades productivas en el país.

Contrariamente a la posición argentina en Brasil, la Ley de Sociedades Anónimas brasileña<sup>5</sup> y la Constitución Federal de 1988<sup>6</sup> di-

<sup>4</sup> En 1876, y como resultado de un conflicto entre las autoridades de una provincia argentina y la sucursal de banco organizado en Inglaterra para realizar actividades en la Argentina, el ministro representante del Reino Unido hizo saber que un buque británico había recibido instrucciones de ofrecer protección diplomática a los funcionarios y a los bienes de esa sociedad. Bernardo de Yrigoyen, en aquel entonces ministro de Relaciones Exteriores, contestó que las sociedades anónimas no tienen nacionalidad, ya que la persona de sus accionistas era desconocida o, de ser conocida, irrelevante, dado que pueda cambiar en cualquier momento. Por lo tanto concluía, ellas no tienen derecho a protección diplomática. LE PERA, SERGIO. "La Estructura Jurídica de las Empresas Multinacionales" *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* Ed. Depalma 1974, pag. 405.

<sup>5</sup> La reglamentación del decreto 2637, art. 60 del 26 de septiembre de 1940, mantenido por la Ley de Sociedades Anónimas 6404/76: "Son nacionales las sociedades organizadas con las formalidades de la ley brasileña y que tienen en el país su sede de administración."

<sup>6</sup> Constitución federal de 1988 art. 171 inc. 1: "La ley podrá en relación a la empresa brasileña de capital nacional: I) Conceder protección y beneficios especiales temporarios para el desenvolvimiento del país. II) Establecer, siempre que se considere un sector imprescindible al desenvolvimiento tecnológico nacional, entre otras condiciones y requisitos: a) La exigencia de que el control referido en el inc. II del capítulo se entienda que las actividades tecnológicas de empresa de facto o de derecho poseen el poder decisorio para desarrollar las nuevas tecnologías. b) Los porcentuales de participaciones en el capital, de personas físicas domiciliadas y residentes en el país o entidades de derecho público interno. El inc 2: la adquisición de bienes y servicios, el poder público dará tratamiento preferencial, en los términos de ley, a empresas brasileñas de capital nacional".

ferencian entre las personas jurídicas brasileñas y extranjeras, traduce una idea de la soberanía económica nacional<sup>7</sup>.

### **Las personas jurídicas comunitarias**

De lo expuesto precedentemente el alcance del término "nacionalidad" debe ser entendido como el conjunto de privilegios que los Estados otorgan a las personas jurídicas nacionales conforme los criterios que estos mismos Estados adoptan para diferenciarlas de las personas jurídicas extranjeras. Esta noción puede ser extendida por analogía al ámbito comunitario, toda vez que, las personas jurídicas "comunitarias", es decir, reguladas y consideradas como tales según las normas de origen comunitario, gozan de ciertos privilegios en los estados que integran la comunidad con relación a las personas jurídicas no comunitarias. Si bien es cierto que en el orden comunitario rigen los principios de reconocimiento, libertad de establecimiento y de tratamiento nacional, estos principios deben ser reglamentados mediante la armonización de las legislaciones de los estados miembros a los fines de que los mencionados principios se cumplan efectivamente.

El Tratado de Roma en su artículo 58 alineado 1º dispone que las personas morales que tengan la sede estatutaria, su administración central o el establecimiento principal dentro de la comunidad gozan de la libre circulación al igual que las personas físicas nacionales de los Estados miembros, asimismo los artículos 52 y s.s. disponen la libertad de establecimiento, y los artículos 59 y s.s., la libertad de prestación de servicios. La reglamentación de estos derechos surge del propio Tratado de Roma cuando prevé la eliminación de restricciones (art. 52) e impone la supresión de toda discriminación (art. 53), según estos textos la supresión de restricciones deben realizarse siguiendo un programa general por intermedio de directivas dictadas a tales efectos. Sin perjuicio de ello la Corte de Justicia de la Comunidad transformó este procedimiento en declarar la aplicación directa de los artículos 52 y 59 del Tratado de Roma<sup>8</sup>. El artículo 220 dispone

<sup>7</sup> La soberanía económica no supone aislamiento económico; por el contrario, moderniza la economía y la sociedad y, principalmente, rompe con la situación de dependencia en consideración con las sociedades multinacionales. GGRUS, EROS ROBERTO pag. 242 "Contribucao para a interpretacao e a crítica de ordem económico na Constituicao de 1988, Ed. Sao Paulo. (cita 14 en Mercosur -Perspectivas desde el Derecho Privado pag.135.

<sup>8</sup> El caso Reyners (CJCE 21/06/1974), en "Le Droit Européen des Affaires" pag.33, LOUIS ET JOSEPH VOGEL, Ed. Dalloz.

de los estados miembros deben comprometerse en negociaciones tendientes a lograr el reconocimiento mutuo de las sociedades de los Estados miembros, así los países de la Comunidad Económica Europea han firmado el "Convenio sobre el reconocimiento de sociedades y personas morales", concluido en Bruselas el 29 de febrero de 1968. Además el Consejo de la Comunidad Económica dictó una gran cantidad de directivas<sup>9</sup> sobre la libertad de establecimiento de las sociedades conforme mandato del artículo 45 parr. 3 g del Tratado de Roma, que atribuye al Consejo el poder de dictar directivas a los fines de coordinar, en la medida y en vista de darles equivalencias y garantías que son exigidas para las sociedades conforme el art. 58 alineado 2 para proteger los intereses de los asociados y terceros. Este sistema de directivas de coordinación ha sido crítica atento que los Estados miembros pueden optar conforme a soluciones vigentes existentes en sus derechos internos<sup>10</sup>.

Por otra parte, el artículo 235 del Tratado de Roma permite el dictado de reglamentos<sup>11</sup> a los fines de la armonización de la legislación, dentro de esta técnica, la única aplicación concreta en materia societaria ha sido el Reglamento (CEE) 2137/85 sobre las AEIE.

Por su parte el Acuerdo de Cartagena firmado en 1969 tendiente a la integración económica regional ha adquirido recientemente en junio de 1997 dimensión política cuando entró en vigencia el Protoco-

<sup>9</sup> Primera directiva N°68/151 del 9/03/68, relativa a la publicidad, validez de los actos de las sociedades y nulidad de las sociedades; Segunda directiva N°77/91 del 13/12/76, sobre la constitución de la sociedad anónima y el mantenimiento y modificación de su capital social; Tercera Directiva N°78/855, del 9/10/78, que versa sobre la fusión de sociedades y la Sexta Directiva N°82/891, del 31/12/82, sobre escisión de sociedades; Cuarta Directiva N°78/660, del 25/7/78, referente a las cuentas anuales de determinadas clases de sociedades; Septima Directiva N°83/349, del 13/7/83, sobre documentos contables de los grupos de sociedades; Octava Directiva N°84/253, del 10/4/84, sobre habilitación de personas a quienes se encomienda la verificación legal de los documentos; Undécima Directiva N°89/666, del 21/12/89, sobre publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado miembro; Duodécima Directiva N°89/667, del 21/12/89, sobre las sociedades de responsabilidad limitada de un solo socio.

<sup>10</sup> LOUIS ET JOSEPH VOGEL, Ob. Cit pag.43 y ss.

<sup>11</sup> Son normas de alcance general, que expresan el ejercicio de los poderes legislativos comunitarios. Son las normas de mayor importancia y jerarquía del derecho comunitarios derivado y vienen inmediatamente después de los tratados. Son adoptadas conjuntamente por el Parlamento y el Consejo y la Comisión. Son directa e inmediatamente aplicables en el territorio de los Estados miembros, sin necesidad de exequatur alguno.

lo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena creando la Comunidad Andina con personería jurídica internacional. Así la conducción del proceso pasó a manos de instancias políticas: el Consejo Presidencial Andino y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, incorporados en la estructura orgánica del Sistema Andino de Integración, creando asimismo la Secretaría General de la Comunidad Andina que sustituyó a la Junta de Acuerdo de Cartagena. Cabe señalar que el orden jurídico andino cuenta con órganos supranacionales cuyas decisiones tienen aplicación directa (las normas no necesitan ser ratificadas, adquieren validez sólo con la publicación en la Gaceta Oficial) y preeminencia sobre las normas internas, consagrado por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que entró en vigencia en 1983. Asimismo la Comunidad Andina cuenta con un régimen común de inversiones que consagra el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros (Decisión 291). En la IX Cumbre Presidencial Andina celebrada en mayo de 1999, se acordó fortalecer la Comunidad Andina con el establecimiento de un mercado común para el 2005, que implica la libre movilidad de las personas, servicios y capitales en la subregión, además de la libre circulación de bienes<sup>12</sup>. Dentro de este orden de ideas, en la cuestión que de personas jurídicas comunitarios, desde 1971 se estableció un régimen para empresas multinacionales andinas, que desde la última modificación por la Decisión 292, las empresas encuadradas en este régimen gozan de reconocimiento, por ser una disposición de carácter comunitario de aplicación directa en los países de la subregión. El régimen consagra la libertad de establecimiento (artículo 15) y tratamiento nacional (artículo 9 y 14).

El Tratado de Asunción también prevé mecanismos a los fines de lograr la eficacia de los principios de reconocimiento, libertad de establecimiento y el tratamiento nacional dentro del territorio que comprenden los países del Mercosur. El artículo 1º, parr. quinto hace referencia a la coordinación de distintas políticas macroeconómicas y sectoriales y el párrafo del mismo artículo establece el compromiso de armonizar las legislaciones de los Estados miembros las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. El artículo 1º, parr. tercero establece la libertad de circulación de bienes, servicios y factores de producción puede entenderse como regla comu-

<sup>12</sup> Diario "El Universal", Caracas 27/05/99.

nitaria el reconocimiento y la libertad de establecimiento de las sociedades y otras personas morales que actúen en el ámbito integrado. El artículo 10 del Tratado de Asunción concede poderes al Consejo Mercado Común tendientes a la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos, pero la actividad del Consejo Mercado Común ha sido muy escasa. El único instrumento societario del Mercosur tendiente a lograr la eficacia los principios de reconocimiento, libertad de establecimiento y tratamiento nacional es el estatuto de empresas binacionales ( argentino-brasileña y argentino-paraguaya) para asegurar la libre circulación de los factores de producción. El artículo V del Estatuto para el Establecimiento de Empresas Binacionales establece expresamente el tratamiento nacional, pero cabe aclarar que es sólo entre los países signatarios del tratado para el establecimiento de empresas binacionales, es decir, que los principios consagrados en los estatutos es por pares de países, no existiendo un estatuto cuatripartito para todos Estados miembros. El artículo II establece el objeto de las empresas binacionales que puede ser cualquier actividad económica permitida por la legislación de la sede, salvo limitaciones constitucionales. Teniendo en cuenta lo establecido por la Constitución Federativa del Brasil de 1988, existen una serie de situaciones favorables (art. 171 I y II)<sup>13</sup> de rango constitucional para las empresas brasileñas (para aquellas empresas constituidas en base a la legislación del Brasil y que posean la sede de administración en el Brasil – Constitución brasileña, art. 170).

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que las legislaciones de los países miembros del Mercosur tienen legislaciones internas similares en cuanto al reconocimiento de las sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero. Asimismo los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889<sup>14</sup> y de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1939<sup>15</sup> y La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales (Cidip II)<sup>16</sup> han sido ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay. Si Brasil ratificara alguno de ellos la cuestión sobre el reconocimiento de actuación extraterritorial de las sociedades comerciales estaría asegu-

<sup>13</sup> Ver nota N°8.

<sup>14</sup> Ratificado por la Argentina (ley 3192), Paraguay, Uruguay, Bolivia y Perú y habiéndose adherido Colombia.

<sup>15</sup> Ratificado por la Argentina (decreto- ley 7771/56) y Paraguay y Uruguay.

<sup>16</sup> Ratificado por la Argentina (ley 22.921), Paraguay, Uruguay, Guatemala, México, Perú y Venezuela.

rado, pero ello no alcanza a involucrar a todas las empresas relacionadas con la actividad económica en el espacio regional: grupos económicos, consorcios, UTE; joint-venture, sociedades civiles, etc.<sup>17</sup>.

### **Diferentes estructuras de las personas jurídicas comunitarias.**

Existen diferentes las formas asociativas en el orden internacional: a) las que se derivan de la libertad de formas según la legislación interna de cada país<sup>18</sup>; b) las originadas en Tratados y Convenciones internacionales (empresas públicas multinacionales)<sup>19</sup>; c) las originadas en tratados o convenciones internacionales pero que recurren al derecho interno de alguno de los países participantes para su incorporación<sup>20</sup>; d) las originarias del derecho comunitario dictadas por

<sup>17</sup> Ver PIAGGI, ANA I. "Relaciones Interempresarias en el Mercosur", Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Año 1998, pag.561 y ss.

<sup>18</sup> Consorcio que construyó el gasoducto Loma de la Lata-Neuba II formado por un grupo de empresas asociadas bajo la forma UTE. Ver : ANA MARÍA M. DE AGUINES Y SUSANA C. DE ZALDUENDO, "Experiencias y Perspectivas de la Empresa Conjunta en América Latina", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Año 1990-A, pag. 1 y sgtes.

<sup>19</sup> Ente Binacional Yacyretá: creado y regulado por un tratado único entre Argentina y Paraguay firmado el 3/12/73, cuyo objeto es el aprovechamiento hidroeléctrico y el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río Paraná; la Empresa Itaipú: tratado firmado por Brasil y Paraguay el 26/4/73, cuyo objeto es el aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná en la zona que limitan ambos países desde Salto a Guayrá; la Corporación Andina de Fomento: firmado el 7/2/68 por Venezuela, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, cuyo objeto es impulsar el proceso de integración subregional andina mediante acciones de orden financiero y de asesoramiento técnico. Ver: AGUINES, ANA MARÍA M. DE Y SALDUENDO, SUSAMA C. Ob.cit.

<sup>20</sup> Namucar (Empresa Naviera Multinacional del Caribe S.A), creado por mediante acuerdo de Costa Rica, Cuba, Jamaica, México, Nicaragua y Venezuela en mayo de 1995, con el objeto de facilitar las comunicaciones marítimas en el Caribe, operar el transporte entre los países del área tratado de desarrollar esa actividad en forma autónoma de los grandes transportistas y fortalecer la integración de región, inscrita bajo la forma societaria de S.A. en el Registro Público de Costa Rica.; Multifert S.A. (Empresa Multinacional Latinoamericana de Comercialización de Fertilizantes), creada por acuerdo internacional el 14/11/79, entre Costa Rica, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela, bajo la forma societaria de S.A. panameña, cuyo objeto social comprende la venta de fertilizantes, como la adquisición de esos productos de proveedores estrarregionales; BLADEX (Banco Latinoamericano de Exportaciones S.A.), creado por acuerdo internacional de 24 bancos oficiales de países latinoamericanos y de Caribe el 18/9/77, bajo la forma societario de sociedad anónima panameña, cuyo objetivo fundamentales era establecer un sistema latinoamericano de crédito para las exportaciones de bienes y servicios y proveer la creación de un sistema latinoamericano de seguro de crédito a las exportaciones. Ver: AGUINES, ANA MARÍA M. DE Y SALDUENDO, SUSAMA C. Ob.cit.

órganos comunitarios (Agrupamientos Europeos de Interés Económico regulados por Reglamento (CEE) 2137/85 en vigor el 1/7/89 y Empresas Multinacionales Andinas regulado por Decisión 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del 22/3/91) y e) originarias de Tratados Internacionales en el marco de acuerdos de integración regional (Tratado de Buenos Aires entre Argentina y Brasil el 6/6/90 para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas y Tratado de Asunción entre Argentina y Paraguay el 30/10/92 para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Paraguayas ).

Nuestro interés se centra en aquellas formas asociativas de carácter transnacional dentro de los marcos de integración regional, reguladas por regímenes dictados por órganos supranacionales o por tratados internacionales, es decir, las formas d) y e) mencionadas en el párrafo precedente.

### ***A. Agrupaciones Europeas de Interés Económico (AEIE)***

La AEIE es el único instrumento de cooperación transnacional vinculado directamente al ordenamiento comunitario destinado a las empresas del Espacio Económico Europeo (EEE), ( Reglamento (CEE) 2137/85, artículo 12 y el artículo 77 y el Anexo XXII del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo incorporando a Noruega, Islandia y Liechtenstein además de los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>21</sup> ). Los objetivos de los redactores fueron de dotar a los operadores económicos de un instrumento jurídico apropiado de nivel comunitario que ofrezca condiciones análogas a las de un mercado nacional, facilitando la adaptación de sus actividades a las condiciones económicas de la Comunidad<sup>22</sup> .

La estructura de la AEIE es flexible permite a las partes asociadas poner en común una parte de sus actividades económicas, pero conservando su propia independencia económica y jurídica, dotándola además de capacidad jurídica propia (artículo 1.2)<sup>23</sup> . Este tipo de

<sup>21</sup> Ver En "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*" Comisión de las Comunidades Europeas. REGIE, pag.64.

<sup>22</sup> Considerandos 1 y 2 del Reglamento 2137/85.

<sup>23</sup> Cabe aclarar que el Reglamento 2137/85 no dota a las AEIE de personería jurídica se debe a las diferencias existentes entre las legislaciones en cuanto a las consecuencias de carácter fiscal que implicaría esta personalidad. En efecto, en Alemania y en Italia, la transparencia fiscal, esencial para la AEIE, sólo se acepta para las entidades que no tienen personalidad jurídica. En consecuencia, estos dos países no han concedido personería jurídica a la agrupación. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*" , pag.22.

estructura no es extraño al derecho argentino, pues la ley 22.903 introdujo esta modalidad en nuestro ordenamiento jurídico (Contratos de Colaboración Empresaria, art. 367 a 376 L.S), diferenciándose de aquella únicamente por carecer ésta de capacidad jurídica por las limitaciones establecidas por el art. 30 L.S y atendiendo a la política legislativa imperante.

Las condiciones necesarias para la constitución de una AEIE es: a) la participación de al menos dos operadores económicos de dos Estados miembros del EEE diferentes (artículo 4.2) y b) la segunda condición para ser miembro de una AEIE es el ejercicio de una actividad económica.

Los miembros de la agrupación pueden ser personas físicas o jurídicas, sociedades o entidades de derecho público o privado que estén vinculadas a un estado del EEE, esta vinculación es independiente de la nacionalidad para las personas físicas, sino que éstas realicen una actividad de carácter económica en el EEE: industrial, comercial, artesanal, profesión liberal, etc (Primer considerando del Reglamento 2137/85, artículo 3 y 4.1.b). La vinculación de las personas jurídicas, sociedades y demás entidades para ser miembro en una AEIE se establece por la presencia de su administración central, sede o domicilio social en el EEE (artículo 4.1.a.). La actividad económica que se exige para los miembros debe ser interpretada en un sentido muy amplio, los entes públicos y las asociaciones pueden crear una AEIE, siempre que pueda considerarse que alguna de sus actividades tienen carácter económico, por ejemplo las universidades, institutos de investigación científica, cámaras de comercio o colectividades locales<sup>24</sup>.

No obstante ello, las AEIE pueden instaurar relaciones de colaboración con entidades que no cumplan los requisitos establecidos precedentemente, en este caso, estas entidades no se consideran como miembros pero pueden adquirir la calidad de "asociados". Un miembro asociado no tiene derecho a voto en los órganos colegiados, dado que esta prerrogativa está reservada exclusivamente a los miembros de pleno derecho de la agrupación<sup>25</sup>.

La dimensión de los miembros es indiferente, ya que, pueden participar en una AEIE empresas personales, empresas artesanales, PYMEs e incluso multinacionales. Por otro lado el Reglamento 2137/

<sup>24</sup> Ob.cit. "La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional", pag 46.

<sup>25</sup> Ob.cit. "La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional", pag. 47.

85 impone la presencia de dos miembros como mínimo, pero no un número máximo. No obstante ello, se deja a los legisladores nacionales la facultad de fijar el número máximo de miembros en veinte (artículo 4.3), Irlanda y Grecia han utilizado esta potestad. Según las estadísticas de la base de datos REGIE<sup>26</sup> un 68% de las AEIE existentes están constituidas exclusiva o en su mayor parte por PYMEs y tienen un término medio de cuatro miembros<sup>27</sup>.

En cuanto a la ley aplicable a la AEIE, como ya se ha dicho el Reglamento 2137/85 es el que la regula y prevalece sobre la legislación nacional con aplicación directa (por disposición del art. 189.2 del Tratado de Roma) en cuanto a su constitución, a los principios de su organización interna y protección de terceros y sus miembros. Sin perjuicio de ello la voluntad de las partes y las legislaciones nacionales se aplica con carácter subsidiario.

La legislación nacional del Estado de la sede establecido en el contrato de la agrupación (o por decisión de los miembros) regula las consecuencias de la responsabilidad solidaria e indefinida de los miembros (artículo 24.1), las causas de disolución propias a la agrupación y las de liquidación de ésta (artículo 35), la quiebra, la legislación fiscal aplicable a los miembros en la medida en que se respete la transparencia fiscal (artículo 40), y la insolvencia y la cesación de pagos (considerando N°13). Asimismo todas las cuestiones relacionadas a la seguridad social, derecho del trabajo, derecho de la competencia y derecho de la propiedad intelectual quedan sometidas al derecho nacional y comunitario (considerando N°15).

También el Reglamento 2137/85 ha dejado opciones a los legisladores nacionales en cuanto a la concesión de la personalidad jurídica (artículo 1.3)<sup>28</sup>; expulsión o restricción de la participación de algunas categorías de personas en la agrupación (artículo 4.4)<sup>29</sup>; limitación al

<sup>26</sup> Red Europea de las AEIE (REGIE): Creada por la Comisión a los fines de garantizar un verdadero servicio de información, en particular a las PYMEs, dando respuestas a cuestiones prácticas consecuentes a la constitución y el desarrollo de una AEIE., elaborar el balance de las distintas prácticas y formas de utilización de la AEIE y reunir regularmente en conferencias a las AEIE a todas las personas interesadas en este instrumento de cooperación. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag.88.

<sup>27</sup> Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag.46.

<sup>28</sup> Ver nota 24.

<sup>29</sup> Esta opción ha sido por ejemplo utilizado por Bélgica, que somete la participación de las instituciones públicas de crédito a la autorización del ministro de tutela. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag. 22.

número de miembros (artículo 4.3); acceso, en determinadas condiciones, de personas jurídicas a las funciones de gerentes (artículo 19.2)<sup>30</sup>; expulsión automática y obligatoria de un miembro en caso de quiebra de su organización de origen (artículo 28.1)<sup>31</sup>; denegación de transferencia de la sede en caso de atentado al interés público<sup>32</sup> y la disolución cuando su actividad atenta contra el interés público de un Estado miembro donde tenga su sede (artículos 32.3 y 38)<sup>33</sup>.

La sede debe estar situada, como ya se ha dicho en el Espacio Económico Europeo (países de la Unión Europea y Noruega, Islandia y Liechtenstein) (artículo 12 y artículo 77 y anexo XXII del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo), en el lugar donde la AEIE tenga la administración central o la administración central puede estar en el lugar donde uno de los miembros tenga su administración central o cuando se trate de una persona física, en el lugar de su actividad principal, siempre que la agrupación tenga ahí una actividad real.

El reglamento prevé la posibilidad que la AEIE puede cambiar la sede de un Estado a otro, sin que ello implique su disolución ni su reconstrucción en el Estado de la nueva sede (artículo 13 y 14), el carácter europeo de la agrupación ha conferido a la movilidad de la AEIE una característica única, siendo la primera entidad en Europa puede cambiar su sede en estas condiciones. Asimismo la AEIE puede estar presente directamente en varios Estados miembros creando establecimientos secundarios (artículo 10).

Las AEIE están facultadas para participar en licitaciones públicas por cuanto las Directivas comunitarias de Contratación Pública no contienen disposición alguna que pueda suponer un obstáculo a dicha participación. Pueden participar en programas financiados con fondos públicos, participar en los programas de apoyo comunitario (ejemplo: Leader II, que subvencionan proyectos de cooperación transnacional de desarrollo rural y Regis II, que fomenta la cooperación

<sup>30</sup> Esta facultad se concede expresamente en España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Reino Unido. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag.22.

<sup>31</sup> Esta disposición está prevista expresamente por Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag 22.

<sup>32</sup> Esta posibilidad la contempla España, Reino Unido e Irlanda. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag 22.

<sup>33</sup> Esta disposición la tienen Dinamarca, Reino Unido y Luxemburgo. Ob.cit. "*La: AEIE: Un Instrumento de Cooperación Internacional*", pag 22.

transnacional entre regiones comunitarias ultraperiféricas conforme Decisión 94/763 CE, art. 2b.inc.2) y acceder al crédito directamente ligada a ellas<sup>34</sup>.

### ***B. Empresas Multinacionales Andinas (EMA)***

Como se ha dicho precedentemente el régimen de las Empresas Multinacionales Andinas data de 1971 (Decisión 46, sobre "Régimen de la Empresa Multinacional Andina y el reglamento de Tratamiento aplicable al capital subregional"), complementado en 1982 (Decisión 169) y modificado en 1988 (Decisión 244) y en 1991 (Decisión 292), esta última modificación, vigente desde el 4/4/91 ha sido a los fines de preservar y estimular la asociación de inversionistas nacionales de los países miembros, para la ejecución de proyectos de interés compartido y alcance multinacional<sup>35</sup>. Esta última modificación ha reducido de 80% a 60% el porcentaje de aportes de origen subregional del capital de las EMAs y la adecua a la Decisión 291 (Régimen Común para el Tratamiento a la Inversión Extranjera).

La estructura jurídica de la EMA no es un nuevo tipo jurídico supranacional, ya que adopta la forma jurídica de la sociedad anónima del lugar del domicilio principal o del lugar dónde se realice la transformación o fusión dentro del territorio de los Países Miembros (artículo 1 inc. a y b, artículo 5 y 6). El régimen Uniforme para las Empresas Multinacionales Andinas las define al enumerar los requisitos que deben cumplir (artículo 1):

a) domicilio principal en el territorio de alguno de los Países Miembros; b) constituida bajo la forma de sociedad anónima conforme la legislación nacional de alguno de los Países Miembros; c) el capital debe estar representado por acciones nominativas y de igual valor; d) que el 60% de los aportes deben corresponder a inversionistas de dos o más Países Miembros<sup>36</sup>; e) las EMAs formadas con aportes de inversionistas provenientes de sólo dos Países Miembros, cada uno de ellos no podrá ser inferior al 15% del capital de la empresa; las EMAs formadas con aportes de inversionistas de más de dos Países Miem-

<sup>34</sup> Comunicación de la Comisión (Diario Oficial N° C 285 de 20/9/97 pag.17.

<sup>35</sup> Considerando de la Decisión 292 por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Quincuagesimoquinto Período de Sesiones Ordinarias, Lima, Perú -21-22 de marzo de 1991.

<sup>36</sup> La decisión 244 establecía que los aportes de la subregión debían ser superiores al 80%.

bro, la suma de los aportes de los accionistas de por lo menos dos países no podrán ser inferiores al 15%; f) los inversionistas del país de constitución deberán representar por lo menos el 15% del capital de la empresa; g) un Director por cada País Miembro cuyos nacionales tengan una participación no inferior al 15% en el capital de la empresa; h) mayoría subregional en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa del correspondiente organismo nacional competente; i) que el estatuto contemple plazos y previsiones que aseguren el derecho de preferencia a los accionistas, aunque éstos pueden renunciar al mismo.

Los aportes en general pueden ser en moneda libremente convertible, en bienes físicos o tangibles o contribuciones de tecnología, estas últimas se sujetarán a las condiciones que se establezcan para las inversiones extranjeras (artículo 3).

A los fines de determinar la calidad de nacional a los inversionistas, el Régimen exige para las personas jurídicas que los organismos de los Países Miembros de dónde se originan los aportes expida una certificación que las califique como nacionales. Las personas físicas deberán acreditar la condición de nacional mediante la presentación de carnet, cédula o documento de identidad (artículo 4). Los aportes de Corporación Andina de Fomento se considerarán como de inversionistas nacionales a los efectos del cálculo del porcentaje de la participación subregional, las inversiones que realicen las empresas mixtas se computarán en la misma proporción nacional, los aportes de las entidades incluidas en la nómina del Anexo de la Decisión 291 se considerará como capital neutro y extranjero que tengan en su capital los aportes nacionales y extranjeros (artículos 25 y 27).

La ley aplicable a las EMAs es el Estatuto social, que debe conformarse con las disposiciones del Régimen, esta forma subsidiaria en primer lugar y la legislación nacional del país del domicilio principal en los aspectos no regulados por aquellos dos. Asimismo establece la aplicación de las normas de derecho internacional privado del lugar dónde se establezca una relación jurídica o dónde surten efectos los actos emanados de una EMA (artículo 7).

Las EMAs y sus sucursales gozan de una serie de beneficios e incentivos destinados al aprovechamiento del mercado subregional: a) tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes y servicios del sector público; b) libre circulación dentro de la Subregión de los aportes destinados al capital de las EMAs y la ex-

portación e importación de los bienes físicos o tangibles destinados al capital estarán libres de gravámenes, restricciones y obstáculos cuando cumplan las normas subregionales de origen; c) acceso a los mecanismos de fomento de las exportaciones en las mismas condiciones previstas para las empresas nacionales; e) las sucursales y los inversionistas subregionales y extranjeros tendrán derecho a transferir al domicilio principal o al exterior respectivamente las utilidades netas comprobadas que provengan de las inversiones directas, previo pago de los impuestos correspondientes; f) trato nacional en materia de impuestos nacionales internos; g) Se regula particularmente el régimen impositivo entre la EMA y sus sucursales, a los fines de evitar la doble imposición; g) se facilita la contratación del personal subregional que labore en el país del domicilio principal y las sucursales, se considera como nacional el personal calificado para los efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros y los Países Miembros otorgarán las visas que autoricen el ingreso y permanencia a los promotores inversionistas y ejecutivos de dichas empresas a los fines de que realicen la labor correspondiente; y h) se les otorga a las EMAs preferencia en la contratación de tecnología, marcas y patentes.

### ***C. Estatuto para el Establecimiento de Empresas Binacionales (Argentino-Brasileñas y Argentino-Paraguayas)***

El Estatuto para el Establecimiento de Empresas Binacionales lo firmó Argentina por separado con Brasil (Tratado de Buenos Aires del 6 de julio de 1990, ratificado en Argentina por ley 23.935 y en Brasil por decreto legislativo 26/92) y con Paraguay (Tratado de Asunción del 30 de octubre de 1992, aún no ratificado). En ambos se establece regímenes similares cuyas características son las siguientes:

El estatuto en el Art. 1 y 2 a, b y c las define como aquellas que reúnan tres condiciones: que el control real y efectivo esté en manos de inversores argentinos y brasileños (80 % del capital social y de votos); que tanto argentinos como brasileños no tengan menos del 30% del capital social, y que el conjunto de los inversores de cada uno de los países pueda, al menos, elegir un miembro de los órganos de administración y fiscalización interna de la empresa.

El propio estatuto establece quienes pueden ser considerados inversores: a) las personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países; b) las personas jurídicas de derecho público de cualquiera

de los dos países; c) las personas jurídicas de derecho privado de cualquiera de los dos países, en las cuales la mayoría del capital y de los votos y el control administrativo y tecnológico sea detentado directa e indirectamente por inversores nacionales. Se persigue de esta forma que el control real y efectivo de la empresa esté en manos de personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países y se evite que las empresas controladas por filiales extranjeras puedan beneficiarse del régimen del estatuto.

El tipo de asociación jurídica (artículo III) que establece el estatuto para las empresas binacionales será alguna de las formas jurídicas admitidas por la legislación del país elegido para su sede social. Si se trata de sociedades anónimas, las respectivas acciones serán obligatoriamente nominativas, no transferibles por endoso. El problema que se ha planteado al respecto es si las formas contractuales de las UTE (uniones transitorias de empresa) legisladas en la ley de sociedades argentina o las empresas de interés económico (contratos de colaboración empresaria, regulados por los art. 367 a 376 la Ley de Sociedades Argentina o los consorcios brasileños). A lo largo del Estatuto hay múltiples referencias al régimen de aportes de los socios, al capital social y repatriaciones, distribución de funciones y cargos de administración, reglas para distribuir los beneficios, instalación de sucursales y filiales, venta de acciones y otros elementos propios de las formas societarias. Será necesario esperar que el Comité Binacional Permanente de Implementación y Seguimiento<sup>37</sup> o en su defecto la autoridad de aplicación, la Inspección General de Justicia —en la Argentina— se expida si una UTE o cualquier otro tipo de asociación de tipo contractual puede ser inscripta bajo el régimen del estatuto. Esto nos indicaría cuál podría ser el alcance del término “empresa” utilizado en el estatuto, es decir, como sinónimos de sociedad, o en un sentido más amplio como organización jurídica económica tendiente a la obtención de una finalidad lucrativa<sup>38</sup>. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente la mayoría de los autores consideran que sólo las formas jurídicas que adopten tipos societarios pueden

<sup>37</sup> Estatuto de Empresas Binacionales (artículo X.4) establece la constitución de un Comité Permanente de Implementación y Seguimiento, que tendría a su cargo, entre otras funciones, la interpretación del contenido y alcance de las disposiciones del estatuto.

<sup>38</sup> BALESTRA, RICARDO R. *“Las Empresas Internacionales en el Mercosur”* L.L. 1993-A.

beneficiarse de este régimen fundándose, y con razón, atento lo dicho precedentemente, que a lo largo del estatuto se hace mención a múltiples referencias de las formas societarias y no contractuales.

El estatuto establece el procedimiento para la constitución de las empresas binacionales (artículo VIII), que una vez obtenido el certificado definitivo por la autoridad de aplicación del país de la constitución asegura el goce de los beneficios previstos. Con relación a los aportes su ingreso o egreso se exime de cualquier restricción arancelaria o para-arancelaria según los términos de la legislación nacional pero al amparo de los acuerdos binacionales sobre comercio firmados entre los dos países en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Otros beneficios apuntan a conferir a las empresas binacionales y sus sucursales el mismo tratamiento que se las confiere a las empresas nacionales en el país de la sede, en materia de tributación interna, acceso al crédito interno, acceso a incentivos o ventajas de promoción industrial, nacional, regional o sectorial, acceso a las compras y contratos del sector público; y los bienes y servicios producidos por las empresas binacionales estarán equiparados en el tratamiento prioritario otorgado a las empresas de capital nacional, en las iniciativas bilaterales desarrolladas en el proceso de integración (artículo V); a transferir libremente a los respectivos países de origen las utilidades netas provenientes de su inversión, luego del pago de los impuestos que correspondan (artículo VI.1); y no se aplicará las restricciones derivadas de dificultades en los pagos externos para la libre transferencia de las utilidades netas (artículo VI.2); y se facilitará la obtención de autorizaciones de permanencia temporaria y definitiva al personal y el reconocimiento de títulos profesionales (artículo VII).

### **Evaluación y consideraciones finales**

La legislación societaria, entendida en forma amplia, es decir, incluyendo todas las formas contractuales que vinculan de manera entrelazada a las partes, forman parte del campo en el cuál deben recaer las acciones tendientes a la coordinación y armonización de las legislaciones en los países que integran una unidad regional.

La Unión Europea es el ejemplo contemporáneo más acabado como sistema de integración con logros importantes, por ello su rica experiencia debe ser tenida en cuenta.

El proyecto Sanders de sociedad anónima europea del año 1970, reformulado posteriormente en varias ocasiones<sup>39</sup>, no ha entrado en vigor por los obstáculos existentes en las legislaciones nacionales (la última versión de la sociedad europea, encuentra disentimientos en las legislaciones nacionales en cuanto a la cuestión de la representación de los trabajadores). Ello demuestra que aún en un marco jurídico con un alto nivel de integración, la armonización de las legislaciones nacionales se hace dificultosa.

*Pero por otra parte las AEIE, desde la entrada en vigor del Reglamento (CEE) 2137/85 el 1º de julio de 1989, como instrumento jurídico comunitario ha tenido gran éxito, hasta la fecha existen más de 800 agrupaciones que se desarrollan actividades económicas en diferentes sectores muy diversos (sectores artesanales, comercio y distribución, transporte, consultorías, agrupaciones de abogados, ingeniero, arquitectos, servicios financieros, cadenas de hoteles, agrupación de cámaras de comercio, etc). Desde un punto de vista estadístico las PYMEs han sido los mayores usuarios de esta forma de cooperación, aunque la participación de las grandes empresas como las entidades públicas o para-estatales no pueden ignorarse<sup>40</sup>. El éxito de este instrumento se debe a sus características de esta forma de asociación: la neutralidad jurídica (origen comunitario) sitúa a los asociados en pie de igualdad; flexibilidad fundada en la gran libertad de sus miembros para organizar sus relaciones contractuales y el funcionamiento del grupo, carácter auxiliar, la actividad del grupo se acopla a la actividad económica de sus miembros, no la sustituye; responsabilidad solidaria e ilimitada de los miembros, otorga protección eficaz a los terceros que entran en relación con la agrupación; y la capacidad jurídica, que al poseer órganos propios le confiere un poder de negociación y representación de sus miembros mucho mayor que el de cada uno individualmente.*

Por su parte la Comunidad Andina, desde su constitución en 1969 como Grupo Andino, no tuvo gran crecimiento en sus dos primeras décadas debido a cuestiones coyunturales de índole económico y político imperantes en toda Latinoamérica. El comercio entre los países

<sup>39</sup> Apunta a la regulación de los grupos de sociedades transnacionales y a la fusión internacional de sociedades actuantes en la Comunidad Económica Europea. Ver su última versión en la Propuesta de la Comisión del 16/05/91, JOCE C176 del 8/7/91.

<sup>40</sup> Ver ejemplos en Ob. Cit. "La AEIE: Un Instrumento de Cooperación internacional" pag. 12 y sgtes.

miembros empezó a registrarse un alza sostenida entre 1989 y 1996, coincidiendo con las aperturas de los mercados andinos. A lo largo de sus treinta años, el bloque andino ha implementado un marco jurídico estable, con un orden jurídico supranacional, dónde las decisiones tienen aplicación directa y preeminencia sobre el orden nacional. El régimen de la EMAs, ha seguido los pasos del bloque, con una evolución muy lenta y sucesivas reformas. Asimismo los países miembros cuentan con un Régimen Común para el Tratamiento de Inversiones Extranjeras (Decisión 291) y Convenio para Evitar la Doble Tributación ( Decisión 40). Cabe mencionar como ejemplo ANDESAT S.A. EMA obtuvo la primera autorización comunitaria para la ejecución definitiva del Proyecto Satélites del Grupo Andino (Satélite Simón Bolívar) y la utilización comercial del recurso órbita espectro de la Comunidad Andina (Decisión 429).

El Mercosur, a pesar de su dinamismo político y económico, tiene grandes carencias institucionales: no posee organismos supranacionales independientes y con fuerza coercitiva, que se ve agravado por la falta de la aplicación directa de las normas comunitarias y la primacía del derecho de integración sobre el derecho nacional de los estados miembros. En cuanto a la libre circulación de los bienes de producción, lo cual implica el reconocimiento y libre establecimiento de las empresas, filiales o subsidiarias, el Estatuto para el Establecimiento de Empresas Binacionales (argentino-brasileña o argentino-paraguaya) no es el instrumento más idóneo para lograr este objetivo. Ello es así, atento que, el estatuto es limitativo a pares de países, lo cual implica una desarmonía en el proceso de integración, por otro lado incluye solo a empresas de la región que cumplan ciertos requisitos de constitución, de titularidad de capital y titularidad de los órganos de control. Por lo expuesto, se puede deducir el porqué del poco uso la estructura de empresas binacionales, ya que desde la entrada en vigencia del Estatuto para el Establecimiento de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas en 1992 sólo se han registrado una decena.

Sería necesario dotar al Mercosur de un estatuto para empresas comunitarias para que efectivamente se procure cumplir propósitos declarados del Tratado de Asunción. Dicho instrumento debería ser comunitario, que incluya a las empresas de todos los miembros de la región; y que involucre a todas las formas societarias y contractuales que realicen actividades económicas (sociedades comerciales y civiles, UTE, grupos económicos joint-ventures, consorcios, etc) cuya ca-

racterización debería depender del lugar de su domicilio o sede de administración, de mayor amplitud que el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas dado que este último sólo incluye a las sociedades anónimas. Ello no es un imposible dado que las legislaciones de los países miembros del Mercosur son bastante similares, gozando de una ventaja comparativa a la Unión Europea, ya que en ésta existen distintos sistemas jurídicos. Si en la Unión Europea las AEIE han sido ampliamente utilizada por los operadores de la región, porqué no tomar ese modelo y adaptarlo a nuestra idiosincrasia. La experiencia jurídica ajena en la elaboración y más precisamente en el perfeccionamiento de soluciones jurídicas no puede ser marginado - el estatuto de empresas binacionales en Mercosur no ha obtenido un resultado exitoso como instrumento jurídico para la integración (fase asentamiento del derecho positivo), y como señala RAMAYO, marginar la experiencia jurídica ajena no sólo constituiría una expresión de inadmisibile soberbia, sino algo más grave: una inexcusable torpeza a contrapelo de la historia<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Ver RAMAYO, RAÚL ALBERTO Derecho Comparado: *Relación entre el Derecho Propio y el Derecho Extranjero* pag. 116 y ss. En Derecho Internacional Privado. Ed.EDUCA.

## **DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

MARÍA SOLANGE JONAS AGUILAR\*

### **Los Primeros Pasos**

Los problemas ambientales existieron desde la antigüedad, pero recién en nuestro siglo, para ser más exactos en los últimos veinticinco años, los gobiernos y asociaciones intermedias han tomado conciencia de lo que éstos significan.

Un problema ambiental, puede generar –y digo “puede” ya que es difícil determinar la cuantía del daño de manera inmediata- un número infinito de complicaciones en la vida cotidiana. Ejemplo de éstos son el adelgazamiento de la capa de ozono, la contaminación sonora, la contaminación ambiental, los residuos industriales, patológicos, patogénicos y nucleares, etc.

El Derecho Ambiental, sin detenernos a debatir si es o no una rama del Derecho con autonomía propia o si depende del llamado Derecho de los Recursos Naturales, lo que no es objeto del presente trabajo, nace a fines de la década del '60. No es, por otra parte, una rama del Derecho que actúe con independencia de las otras; sino todo lo contrario, recurre a la ayuda de las tradicionales disciplinas como el Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional, etc.

Los gobiernos de los países más industrializados han dictado una serie de leyes tendientes a prevenir la contaminación del medio ambiente y a la reparación de los daños ambientales que se producen. Otros países, aunque no tan industrializados, como India y Croacia han elaborado planes de política ambiental. Muchos países como Finlandia proponen la pena de prisión como sanción a delitos ambientales.

\* Profesora Asistente de Derecho Internacional Privado

Durante la década de 1950-1960 Gran Bretaña comienza un programa para reducir la contaminación que producen ciertos tipos de carbón y Estados Unidos dicta la primera "Ley Federal para el Control de la Contaminación del Aire" (1955) seguida, casi inmediatamente, por la severa "Ley Británica del Aire Puro" (1956) <sup>1</sup>.

Creo oportuno narrar cómo se fueron sucediendo los hechos en materia de legislación ambiental tomando como ejemplo a Estados Unidos, ya que por su carácter pionero, influyó en la legislación ambiental internacional.

Desde 1940, el Congreso de los Estados Unidos consideró que los problemas de contaminación debían permanecer bajo la esfera estatal o local y no ser tratados por leyes federales. Este enfoque demostró ser inútil en su aplicación. Aparece así, como ya hemos citado anteriormente, la "Clean Air Act" (1955) que es una ley con alcance federal, aunque restringida en lo referente a las atribuciones delegadas a los estados <sup>2</sup>.

Recién en 1960, esta ley es enmendada corrigiendo así algunos de los errores vislumbrados en su aplicación. Esta enmienda trae como corolario la contribución del estado con aporte de fondos para la investigación y asistencia técnica en materia ambiental.

A nivel internacional se han redactado numerosas Declaraciones en las que se han reafirmado dos principios básicos: *mejorar la calidad de vida humana y promover un desarrollo sustentable para satisfacer las necesidades actuales de la raza humana sin comprometer a las generaciones futuras*.

El tema medio ambiental se halla hoy en día comprendido dentro del concepto de Orden Público, entendido como conjunto de normas, disposiciones, ordenanzas, que son dictadas por la autoridad competente y que tienen como objeto principal el cuidado de las personas, la moral, y la salubridad pública <sup>3</sup>.

Esta multiplicidad normativa en los Estados modernos en materia de protección de la naturaleza, tiene por fin tanto preservar la calidad de vida mediante la tutela del ambiente como promover el desarrollo sustentable respetando a la diversidad de especies para

<sup>1</sup> MORRETON, JUAN, "Contaminación del aire en la Argentina", Ediciones Universo, 1996.

<sup>2</sup> GREENBERG, M., "Public Helth and the Environment", The United States Experience, The Guilford Press New York, London, 1987.

<sup>3</sup> BUSSO, EDUARDO B., "Código Civil anotado", Tomo I., pag. 10, Buenos Aires, 1958.

evitar su extinción y haciendo un uso racional de los recursos naturales para poder legarlos a las generaciones futuras <sup>4</sup>.

A nivel internacional, la *Conferencia Científica de las Naciones Unidas sobre Conservación y Utilización de los Recursos*, que se reunió en Nueva York en el año 1949 es uno de los primeros antecedentes en el tema ambiental.

En 1954 se suscribe el *Acuerdo Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por petróleo en Londres*.

Luego de estos Acuerdos clave se han suscitado una serie de conferencias y convenciones que procuran legislar sobre el medio ambiente. Haré a continuación un breve análisis de las Conferencias Internacionales más importantes en materia ambiental.

### **Conferencia de Estocolmo de 1972 (P.N.U.M.A.)**

Se reúne en esta ciudad en el año 1972, con temor de algunos países tercermundistas a tratar temas ambientales ya que creían que esto distraería la atención de los países más desarrollados a la hora de tratar temas alimentarios o de salud, y significara una quita de recursos económicos para afrontar sus habituales problemas.

En esta Conferencia se decide la creación del P.N.U.M.A., Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente; cuyas principales tareas son la coordinación de técnicas e investigaciones y derechos.

La Declaración de Estocolmo enuncia el siguiente principio "*el hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a condiciones de vida satisfactoria, en un ambiente cuya calidad de vida le permita vivir con dignidad y bienestar, y tiene el deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras*".

Este principio fue receptado en los articulados de las modernas constituciones, quienes insertaron cláusulas semejantes en la mayoría de ellas.

### **Directiva Europea de 1990**

Antecedentes a esta Directiva Europea que trata sobre el Derecho a obtener la información ambiental que está en poder del Estado, podemos encontrar en Suecia, donde ya en el año 1766 se consagra

<sup>4</sup> BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "*El Orden Público Ambiental*", La Ley (suplemento especial) 15-11-95, pag. 31.

por primera vez el derecho de los ciudadanos de acceder a la documentación en poder del Estado. En el tema ambiental tienen normativa similar países como Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda e Italia. En España, Portugal y Grecia, además, alcanza rango constitucional.

Específicamente dentro del marco de la Comunidad Europea debe recordarse que en el Cuarto Programa Ambiental 1987-1992 se recomendaba la elaboración de "procedimientos para que el público tenga mayor acceso a la información que las autoridades responsables del medio ambiente tienen en su poder".

El 7 de junio de 1990 se aprobó la Directiva 90/313 sobre *Derecho a la Información Ambiental ejecutable por los ciudadanos frente al Estado*; sin perjuicio de que también comprende la adopción por parte del éste de medidas de difusión respecto de la situación ambiental.

El derecho de acceso a la información se consagra allí ampliamente, no es necesario para ejercerlo probar "un interés determinado"; como sostiene DANIEL LAGO, citando al ambientalista español Martín Mateo, se trata de una "extraordinaria difusión de los intereses difusos" <sup>5</sup>.

### **Conferencia de Río de Janeiro de 1992 (C.N.U.M.A.D.)**

Más recientemente y con motivo de conmemorarse el vigésimo aniversario de la Conferencia de Estocolmo, se reunieron en la ciudad de Río de Janeiro en el año 1992 países miembros de las Naciones Unidas para la "Cumbre de la Tierra" (C.N.U.M.A.D.).

Dentro de esta cumbre se firmaron dos Tratados: la *Convención Marco sobre el Cambio Climático Mundial* y la *Convención sobre la Diversidad Biológica*.

El primer principio de esta Conferencia señala que: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza" <sup>6</sup>.

<sup>5</sup> LAGO, DANIEL H., "El derecho de acceso a la información ambiental", Revista Gerencia Ambiental, Año 1 N° 6.

<sup>6</sup> CABO, GUILLERMO J., "Los resultados de la Cumbre de Río de 1992", Instituto de Política Ambiental de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1993, pag. 193.

Otro aspecto tratado en la Declaración de Río de 1992 fue la proclamación de que "los asuntos ambientales se manejan mejor con la participación de todos los ciudadanos afectados, en el nivel correspondiente..."<sup>7</sup>.

### **Convención de Estrasburgo de 1993**

La Convención del Consejo de Europa sobre *Responsabilidad Civil por Daños resultantes de las Actividades Riesgosas para el Ambiente*, reunida en la ciudad de Estrasburgo en 1993, recoge también el tema del derecho de acceso a la información que tiene en poder el Estado. Establece el derecho de la víctima de requerir de la Justicia que ordene al explotador de la actividad dañosa la producción de cierta información destinada a establecer la existencia de su derecho a reclamar un resarcimiento económico.

Existen además de las ya mencionadas, numerosas convenciones internacionales que tratan distintos aspectos relativos al medio ambiente. Podemos citar entre ellas al Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos<sup>8</sup>, el Convenio de Basilea sobre Movimientos transfronterizos de residuos peligrosos<sup>9</sup>.

Dentro del Marco Jurídico del Mercosur se ha tratado esta problemática. El Tratado de Asunción, expresa en su Preámbulo la necesidad de preservar el medio ambiente.

### **Situación en la República Argentina**

Nuestro país no se ha quedado atrás en esta materia. En la Reforma Constitucional de 1994 se decidió incorporar en el artículo 41<sup>10</sup> el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano. Se

<sup>7</sup> Ob. Cit., pag. 173 y sigs.

<sup>8</sup> Convenio adoptado por la Conferencia de la Organización Marítima Internacional en Londres en 1990, aprobado por la República Argentina mediante Ley 24.292.

<sup>9</sup> En nuestro país su cumplimiento debe ser observado y controlado por la autoridad de aplicación de la Ley 24.051 (art. 60 del Decreto 831/93).

<sup>10</sup> Art. 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras..."

regulan también temas relacionados a los poderes de policía concurrentes de la Nación y de las provincias, correspondiendo a la Nación el dictado de la Ley de Presupuestos Mínimos para la protección y tutela del ambiente en toda la República <sup>11</sup>.

A nivel nacional se ha sancionado la Ley 24.051 <sup>12</sup> de Residuos Peligrosos que establece normas de protección para la regulación de esta fuente de contaminación ambiental.

En la Provincia de Buenos Aires existe una regulación bastante amplia en materia ambiental, siendo las tres leyes principales las siguientes: Ley 11.459 "Radicación Industrial", Ley 11.720 "Residuos Especiales" y la Ley 11.723 que establece un marco general del Medio ambiente.

Nos encontramos pues con el problema de superposición de normas a nivel nacional y provincial, generando también problemas a la hora de definir la autoridad de aplicación competente, y produciéndose en algunas oportunidades una laguna, en la cual distintos organismos quieren tener la palabra final frente a un conflicto manifiesto.

## Conclusión

Para finalizar el presente trabajo quisiera rescatar el hecho de que la contaminación ambiental ha sido consecuencia del desenfrenado desarrollo de los últimos tiempos. La innovación tecnológica ha contribuido de manera significativa en la generación de conflictos ambientales, creando situaciones de incertidumbre sobre los posibles efectos de la contaminación del medio ambiente. Efectos que veremos en 2 años, 5 años o tal vez sean padecidos por nuestras generaciones futuras.

Nuestro deber es contribuir a la formación de una "conciencia ambiental", acompañada de una completa educación ambiental desde la infancia. Debemos contribuir todos, en mayor o menor medida, a evitar que nuestros hijos padezcan algunos de estos posible flagelos.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, GERMAN J., "El Derecho Ambiental", en: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" Tomo VI, "La Reforma Constitucional de 1994", Ediar, Bs. As., 1995, pgs. 295 a 301.

<sup>12</sup> La Provincia de Mendoza con la ley 5917 en 1992 adhiere a la Ley Nacional 24.051. También en 1993 la Provincia de La Pampa adhiere a esta Ley Nacional a través de la ley 1466

**Y nuestra ayuda se materializa en exigirle al Estado que adopte normas, disposiciones o resoluciones que regulen las actividades industriales que atentan contra la naturaleza, y se preserve así el ambiente sano al que todos tenemos derecho a gozar.**



## REGIMEN INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INMATERIAL

CARLOS J. MARTÍNEZ CASADO\*  
MARÍA SOLANGE JONAS AGUILAR\*

### Patrimonio y Propiedad

El "patrimonio" de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. El patrimonio, forma un todo jurídico, una universalidad. Una pluralidad de bienes que puede ser considerada como una unidad, como un todo, "una universalidad". Si es por intención del propietario, es *universitas facti*, mientras que si lo es por el derecho, es una *universitas juris*. El patrimonio de una persona es una *universitas juris*.

La Constitución Nacional garantiza la propiedad en su art.17, "... la propiedad es inviolable..." y seguidamente establece que "... todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...". De esta forma la carta magna da jerarquía constitucional a los bienes inmateriales o propiedad inmaterial.

### ¿Pero, que es la Propiedad inmaterial?

*Dentro del patrimonio de una persona encontramos en primer término a las cosas, esos objetos materiales susceptibles de tener un valor (nuestro art. 2311). ¿Qué son? En síntesis, son objetos maleables, visibles y tangibles.*

En segundo término, encontramos otros bienes que componen el patrimonio que nuestro Código Civil llama inmateriales y que como

\* Profesores Asistentes de Derecho Internacional Privado.

cualidad les aplica la susceptibilidad de tener un valor para calificarlos como bienes. Así emplea nuestro codificador al término bien como género mientras que reserva el término cosa como especie y así lo explica en la nota y se diferencia del autor brasileño FREITAS.

*Luego de esta brevísima introducción a efectos orientativos, vamos a concluir que básicamente, en la propiedad inmaterial nos encontramos con derechos.*

Propiedad Inmaterial o Derechos Espirituales como la llama un sector de la doctrina nacional, comprenderá un vasto campo que incluirá la propiedad literaria y artística, las patentes de invención, los modelos de utilidad, las marcas de comercio, las designaciones comerciales, los modelos y diseños industriales, hasta el know how, el estilo comercial, el trade dress, etc. <sup>1</sup>.

A través del conocimiento, el espíritu creador del hombre se traduce en los citados bienes inmateriales que, para ser introducidos en el ámbito de la actividad comercial, de suyo onerosa, deben hacerlo, para su seguridad jurídica, mediante la utilización de contratos mercantiles particularizados <sup>2</sup>.

### ***Sus Grandes Divisiones:***

La primer gran división la encontramos entre lo que los italianos llaman Derecho Industrial (nosotros preferimos llamarla Propiedad Industrial), y la Propiedad o Derechos Intelectuales.

El Derecho Industrial, se ocupará de la regulación jurídica del conjunto de instituciones o medios a los cuales se recurre para que los industriales, fabricantes y comerciantes logren su finalidad de mercado. Mientras que la Propiedad Intelectual se ocupará básicamente del Derecho de Autor y su entorno jurídico.

El Derecho Industrial despegue con la Revolución Industrial. Es entonces que los industriales se vieron en la necesidad de contar con una serie de instrumentos jurídicos que los ampararan y que dieran satisfacción a la naciente producción en masa. La producción en masa movilizó el ingenio de los inventores para producir cada vez mejor, surgiendo así nuevas formas y modificaciones a las invenciones y procesos productivos. Acompañó la necesidad de los fabricantes de distinguir sus productos de los de los demás como así la vocación de los

<sup>1</sup> CORREA, CARLOS, *Acuerdo TRIPS*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1996.

<sup>2</sup> RAMAYO, RAÚL A., *"Derecho Internacional Privado"*, Ed. EDUCA, 1998.

consumidores de sentirse identificados en determinados productos o por tales o cuales fabricantes. ¿Cómo reaccionó el Derecho frente a esta problemática?

Aquí nace la segunda gran subdivisión de la Propiedad Industrial en La Teoría de la Competencia Desleal y la Teoría de los Bienes y Materiales Industriales, dividiéndose esta última en las Creaciones Nuevas y los Medios Distintivos.

Dentro de las Creaciones Nuevas encontramos las de Carácter Ornamental compuesta, por los Modelos y Diseños Industriales; y las de Carácter Técnico que están integradas por las Patentes de Invención, los Modelos de Utilidad, los Secretos Industriales, Empresariales y de Gestión y el Know How.

Dentro de los Medios Distintivos encontraremos a los de Carácter Propio o de uso Individual y los de Carácter Impropio o de uso Plural. En los primeros encontraremos las Marcas, el Nombre Comercial, la Enseña, la Insignia, el Slogan y el Estilo Comercial. Mientras que dentro de los Medios Distintivos de carácter Impropio encontraremos las Marcas Colectivas y Marcas de Certificación; y las Indicaciones Geográficas, sean estas últimas Indicaciones de Procedencia o Denominaciones de Origen.

### ***Su Regulación:***

En general la Propiedad Inmaterial encuentra un marco regulatorio en los diferentes países del mundo —cada cual con sus notas características— y a nivel internacional encontramos una suerte de legislación en los tratados de Montevideo de 1889 (ratificado por nuestro país a través de la ley 3192) y el Tratado de 1940 (ratificado por el decreto-ley 7771/56), también en el Convenio de París para la Protección Industrial firmado en 1883 y sus posteriores revisiones siendo la última en 1967 en Estocolmo. Producto de esta última reunión es la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, que perdura hasta nuestros días.

### **Propiedad Literaria y artística**

En lo referente al tema de la propiedad literaria y artística, podemos acudir en primer lugar en búsqueda de una cierta protección jurídica a la legislación que en el Derecho Privado Interno esta contemplada en la Ley 11.723 del año 1933 con sus sucesivas modificaciones (decretos-leyes 12.063/57 y 1224/58, y leyes 17.567, 18.453, 20.098, 22.936, 23.077 y 23.741). En dicha ley se establecen las bases

para la protección de una obra literaria o artística ya sea nacional o extranjera.

El plazo establecido para la protección de una obra literaria y/o artística en dicha ley era de cincuenta años, pero actualmente se ha ampliado a setenta años.

Haciendo un breve recorrido por la Ley 11.723 hallamos que la misma fija un plazo de preferencia para el caso de que una obra fuera publicada previamente en el extranjero y luego su autor quisiera publicarla en la Argentina; siempre y cuando se hubieren cumplido determinadas formalidades establecidas en el país donde se produjo la primera publicación<sup>3</sup>.

*El Derecho Internacional Privado a través de Convenios y Tratados ha protegido de alguna manera estos bienes. El Tratado de Montevideo de 1889 que ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Uruguay, en su artículo 5 contiene una suerte de enumeración ejemplificativa de la expresión "obras literarias y artísticas", que puede resumirse en el último párrafo de este artículo, "...toda producción del dominio literario o artístico que pueda publicarse por cualquier modo de impresión o reproducción".*

En su artículo 4 establece que ningún Estado estará obligado a reconocer el derecho de propiedad literaria y artística por mayor tiempo del que rija para lo autores que en él obtengan ese derecho. Este tiempo podrá limitarse al señalado en el lugar de origen si fuere menor.

Otro tema de importancia en nuestros días es el de las usurpaciones al derecho de propiedad, si es que puede considerárselo tal, cometidas por un tercero sobre una obra ya publicada. El artículo 11 impone el juzgamiento de tales hechos ante los tribunales del país en que el fraude se haya cometido.

La República Argentina también ha firmado diferentes Tratados referidos a la Propiedad Literaria y Artística, entre ellos se destacan el Tratado firmado en la IV Conferencia Interamericana de Buenos Aires (1910), el Convenio de Washington (1946), la Convención Universal de Ginebra sobre Derechos de Autor (1952) y la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (1986), el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)<sup>4</sup>, Convenio para la Protección de los productores de fonogramas.

<sup>3</sup> Ley 11.723, artículos 13 y 14.

<sup>4</sup> V. ARACAMA ZORRAQUÍN, ERNESTO, "Aspectos generales del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial", ED, 164-1076.

Destacamos algunos aspectos importantes dentro del marco de la Convención de Ginebra; en ella se establece que basta con que una obra lleve el símbolo © (Copyright) acompañado por el nombre del titular del derecho de autor y la indicación del año de la primera publicación para presumir la propiedad. Se habilitan así las vías para reclamar la protección judicial<sup>5</sup>. La Convención de Berna<sup>6</sup> de 1986, aprobada por nuestro país a través de la Ley 17.251 supedita las traducciones a la autorización del autor o sus herederos.

## **Marcas**

Haciendo un recorrido en nuestra historia, existe desde 1900 legislación aplicable al tema de las marcas. La ley 3975, primera que contempla este instituto, las denominaba "Marcas de Comercio y de Fábrica".

Antes de referirnos específicamente a la normativa vigente en nuestro país y a los Convenios Internacionales y Tratados que regulan este tema, creemos necesario esbozar una muy breve y sucinta síntesis de los alcances que involucra dicho término.

Podemos definir a las Marcas como aquellos signos que permiten distinguir un producto de otro o un servicio de otro. Históricamente ya en los tiempos de los egipcios y hebreos se utilizaban alguna suerte de símbolos para separar los productos de cada fabricante.

La protección de las marcas de servicios surge por primera vez en Estados Unidos en 1946 con la "Laham Act", y posteriormente es receptada en los Tratados internacionales y en nuestro país recién se reglamenta a partir del año 1981 con la sanción de la Ley 22.362

El porqué se utiliza una marca se responde con las tres funciones que la misma cumple:

1. Indicación de origen: *actúa como protección para el fabricante, también como protección frente al público consumidor enseñando de dónde viene determinado producto.*

2. Garantía: *indicando una calidad uniforme, que no significa que siempre sea exactamente la misma calidad.*

<sup>5</sup> Cabe destacar que la revisión hecha en París en el año 1971 a esta Convención no fue ratificada por la Argentina.

<sup>6</sup> El texto de esta Convención fue revisado años mas tarde en París, Berlín, Berna, Roma y Bruselas sucesivamente.

3. Publicidad: según Mathély la marca funciona como un elemento de la publicidad, ya que su tercera función es la de Atracción, siendo su fin formar, traer y mantener a la clientela.

Actualmente en la Argentina para gozar de la protección que las leyes otorgan, se exige como requisito sustancial que la marca haya sido previamente registrada. A lo largo del texto de la ley se establece el procedimiento para el registro de una marca, las acciones civiles y penales (tipificación de delitos), etc.

A nivel Nacional, la anterior ley de marcas de 1900, solamente permitía a determinadas personas registrar una marca, ellas solo podían ser industriales, comerciantes o agricultores. La nueva ley innova en este tema y dice en su artículo 4 que para solicitar el registro de una marca basta con tener un "interés legítimo" <sup>7</sup>.

El primer artículo de la Ley 22.362 establece una enumeración enunciativa sobre las cosas que pueden registrarse como marcas. Los artículos 2 y 3 indican que no puede ser registrado como marca por carecer de capacidad distintiva (Ej.: bar, pizzería) y cuáles son las marcas prohibidas por la ley por estar ya registradas o por contener algún nombre que pueda producir confusión en el público consumidor (Ej.: flor de ceibo) que esta prohibido su registro por ser la flor nacional.

Propiamente en el terreno del Derecho Comparado, nos encontramos con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 sobre "Marcas de Comercio y de Fábrica", ambos como ya mencionamos antes ratificados por nuestro país.

También la Argentina ratifica el Convenio de París <sup>8</sup> con su revisión en Lisboa en el año 1958, que protege a la propiedad industrial. Establece que una marca de reconocimiento universal no puede ser pedida por terceros <sup>9</sup>.

### **Designaciones Comerciales**

La designación comercial es el nombre o signo con que se designa una actividad y que no fue registrada como marca. La ley actual de marcas la define como "el nombre o signo con que se designa una actividad, con o sin fines de lucro" <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> En el fallo "Sportalandia c/ Vilas" fue definido al interés legítimo como "cualquier utilidad de la vida del solicitante u oponente".

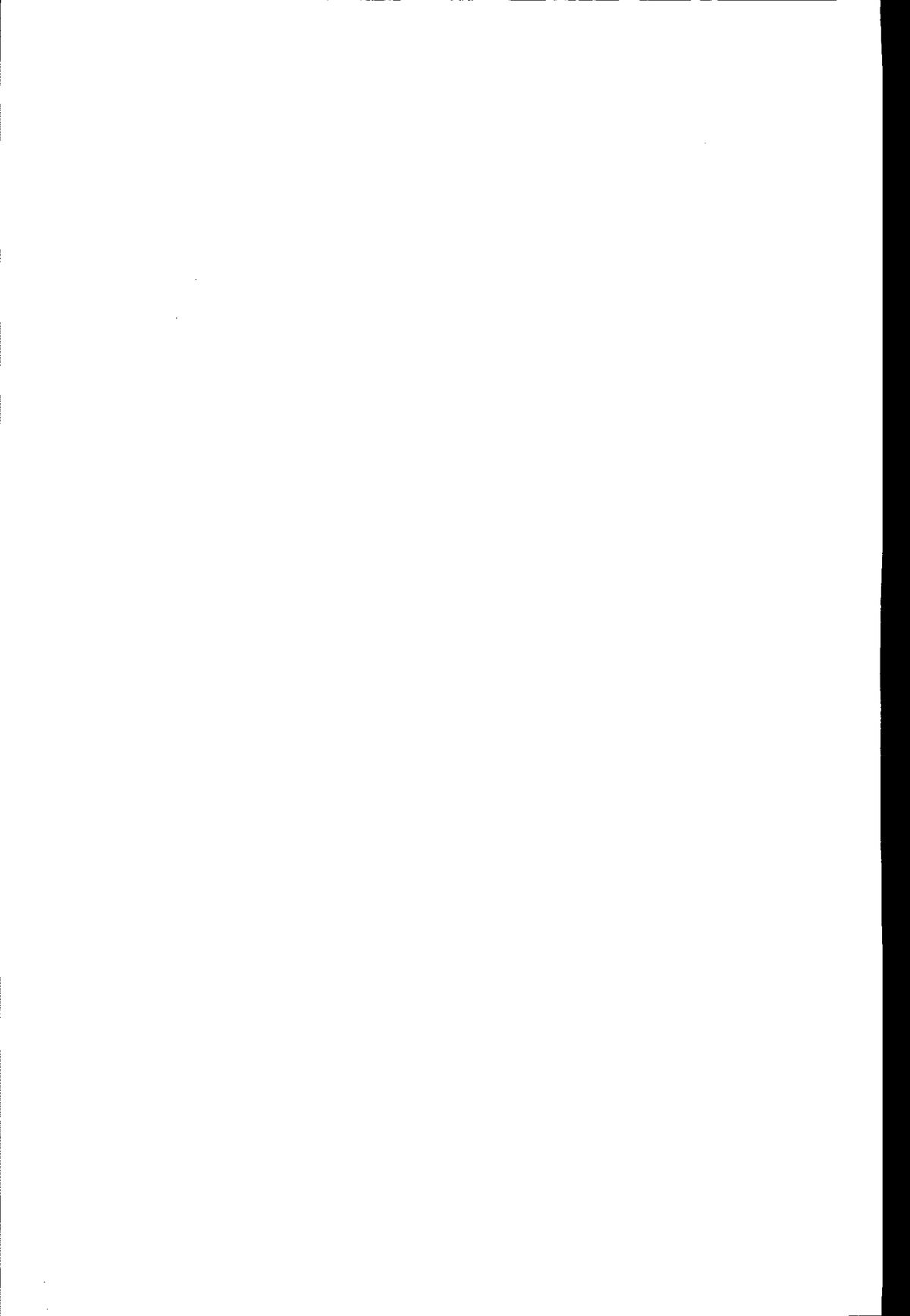
<sup>8</sup> Ratificación por Ley 17.011.

<sup>9</sup> En el famoso caso "La vaca que ríe" se declara judicialmente la nulidad de la marca registrada en Argentina por ser una copia exacta de la marca francesa.

<sup>10</sup> BREUER MORENO sostiene que es "aquel signo bajo el cual un comerciante ejerce actos de su profesión; y que utiliza para vincularse con su clientela, para distinguirse a sí mismo en sus negocios y para distinguir su establecimiento comercial".

En el campo del Derecho Internacional Privado, nos encontramos con disposiciones como las contenidas en el Convenio de París que en su artículo 8 dice que “el nombre comercial estará protegido en todos los países de la Unión de París, sin obligación de depósito o registro”.

El artículo 10 bis también incluye a los actos que creen confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, entre aquellos constitutivos de Competencia Desleal.



# **DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**



# **EL LEGADO DE VIETNAM: LA AMENAZA Y EL USO DE LA FUERZA EN LA POLITICA EXTERIOR NORTEAMERICANA**

**HERNANDO V. CAÑARDO\***

## **I. Introducción**

El uso de la fuerza militar se ha convertido en una cuestión espionosa para los líderes políticos norteamericanos desde hace un cuarto de siglo. Tras el fracaso de la política estadounidense y su brazo militar durante el conflicto de Vietnam (1962-1975), ha sido difícil para los políticos ganar apoyo interno para usar la fuerza, como instrumento de la política de Estado.

La utilización del poder militar en estos últimos veinticinco años, comprendiendo tanto las amenazas de uso como la conducción de las operaciones militares, ha generado siempre controversias y dudas; y sus resultados han sido variados, mezclándose éxitos y fracasos.

Las fuerzas armadas de los Estados Unidos, gigantescas, perfectamente entrenadas y preparadas para el combate, y con un avance tecnológico sin paralelos, son indiscutiblemente desde la caída del imperio soviético las más poderosas del mundo. Así lo han demostrado su competencia, su poder letal y el alcance global de las mismas. Sin embargo, con raras excepciones, quienes llevan a cabo la conducción de la política norteamericana han visto que el anuncio del uso de la fuerza en una cuestión determinada, no ha sido suficiente para cumplir con los objetivos propuestos; y se ha debido utilizar la fuerza, sí bien en forma limitada, para llegar al objetivo político.

\*Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Católica Argentina.

En algunos casos el uso "limitado" de la fuerza, tampoco ha sido suficiente; haciendo dudar a los presidentes de los Estados Unidos sobre que opción era conveniente, si una retirada o la guerra total, para llegar al fin propuesto, por la fuerza de las armas.

En la década desde 1980, la mayoría de los jefes militares norteamericanos, así como muchos políticos y especialistas sacaron la siguiente conclusión del fracaso norteamericano en Vietnam: la fuerza militar sólo debería utilizarse como último recurso, para proteger intereses vitales de los Estados Unidos y con una firme intención de ganar. Además, las amenazas de uso de la fuerza no deben usarse como parte de la diplomacia. Sólo deben usarse cuando los medios diplomáticos fracasan; y en este caso sólo si "el objetivo es claro y atrae el apoyo del pueblo norteamericano y del Congreso"<sup>1</sup>.

El General Colin Powell, antiguo jefe del Estado Mayor Conjunto de los Estados Unidos es un ferviente admirador de lo que se llamó la Doctrina Weinberger. Powell, entiende que la amenaza del uso de la fuerza solo funcionará cuando los líderes norteamericanos estimen que están preparados para usarla; sólo debe usarse como último recurso, con decisión, rápidamente y con el mínimo riesgo de vidas de soldados norteamericanos<sup>2</sup>.

Otros líderes políticos norteamericanos tienen una visión distinta; entendiendo que el fracaso de Vietnam debe ser entendido en su entorno, y no proyectado a otras situaciones como ejemplo. Esta corriente de opinión entiende que puede haber un uso limitado de la fuerza en apoyo de las acciones diplomáticas, para cumplir objetivos limitados, sin llegar a un conflicto total. Así, el antiguo Secretario de Estado George P. Schultz quien entiende que "la diplomacia sin fuerza, siempre será insuficiente en el mejor de los casos, y peligrosa, en el peor de ellos". "El uso de la fuerza no necesita apoyo del público, en sus primeras instancias; ya lo tendrá después si es consonante con los intereses de América y sus valores morales"<sup>3</sup>.

De acuerdo a esta doctrina, los Estados Unidos, deben utilizar una fuerza limitada con objetivos limitados y retirarse de las accio-

<sup>1</sup> Comentarios del secretario de Defensa Caspar W. Weinberger al National Press Club. 28 Noviembre 1984. Department of Defense News Release N° 609-84.

<sup>2</sup> Colin L. Powell. U.S. Force, Challenges Ahead. Foreign Affairs 72, Winter 1992-1993, págs 32-45.

<sup>3</sup> GEORGE P. SCHULTZ "The Ethics of Power". Department of State Bulletin 1.3. Febrero 109, 1985.

nes sin riesgos. Mejor utilizar la fuerza cuanto antes en una crisis y no después; siendo la misma una importante ayuda a la persuasión diplomática.

Con la desintegración de la Unión Soviética, y el fin de la Guerra Fría, este debate comenzó a decrecer y los norteamericanos debieron enfrentarse con una serie de problemas, que si bien, en forma separada, eran mucho menores que la amenaza soviética; colectivamente presentaban desafíos.

La situación *militar* cambió drásticamente y el poderío militar norteamericano reinó supremo; así el riesgo de que una intervención limitada en algún lugar del mundo pudiera escalar a una confrontación general desapareció.

A pesar de ello, los presidentes George Bush y Bill Clinton, se vieron enfrentados con varias situaciones donde era necesario aplicar *la fuerza militar en forma "limitada"*.

Durante los ocho años, que cubre este estudio, surgieron nuevos desafíos a los intereses norteamericanos que no podían ser tratados por medios solamente diplomáticos, como lo establecía la doctrina Weinberger; problemas que resistían soluciones multilaterales y presiones de cualquier tipo. Sin miedo ya a una confrontación con Rusia, los políticos norteamericanos hicieron uso frecuente de la fuerza para solucionar estos desafíos; en algunos casos de acuerdo a los postulados de Weinberger, pero en la mayoría de ellos, entendiendo que la marcha de los acontecimientos llevaba indefectiblemente a las opciones de Schultz, sobre el uso limitado de la fuerza en apoyo de la diplomacia.

Los Estados Unidos tuvieron éxito en algunas de estas oportunidades y fracasaron en otras; el éxito nunca fue fácil y mucho le costó a los norteamericanos que sus ocasionales adversarios siguieran sus postulados; aún naciones muy pobres, sin poderío militar; e inclusive facciones políticas en naciones arrasadas fueron inexplicablemente resistentes al poder americano.

El uso del poder militar, por parte de Estados Unidos, tuvo resultados positivos para este país, pero los resultados no fueron fáciles de conseguir y las consecuencias tampoco fueron tan claras como los Estados Unidos lo hubieran deseado. Dada la manifiesta superioridad del poder militar estadounidense, no resulta fácil comprender esta situación.

Baste mencionar, que el éxito militar más importante de las fuerzas armadas norteamericanas en el período posterior a la Guerra Fría

—la expulsión del ejército iraquí que invadió Kuwait en 1991— se debió a que la disuasión fracasó. La más grande demostración de poder militar norteamericano —el envío de más de medio millón de soldados, el llamado a las reservas, la formación de una alianza militar global; aún una campaña aérea devastadora contra el ejército de ocupación iraquí y contra blancos estratégicos en el interior de Irak—; no logró que Saddam Hussein cediera a las demandas de los Estados Unidos y sus aliados, debiendo expulsar a los iraquíes de Kuwait por la fuerza.

Este es un claro caso en el que la amenaza de usar la fuerza no fue suficiente. Las razones de ello pueden estar en que Saddam Hussein no creyera en las amenazas, o no considerara efectiva la capacidad militar norteamericana; o que prefiriera la derrota militar en Kuwait, con otros designios en mente.

La pregunta que surge, es pues, ¿porqué ha sido tan difícil para Estados Unidos lograr sus objetivos a través de la diplomacia y aún utilizando la fuerza?, ¿Esta situación cambiará a medida que la comunidad internacional reconozca definitivamente que Estados Unidos es la única superpotencia militar que queda, o es la fuerza militar un haber con escasa utilidad para los intereses norteamericanos en el nuevo contexto internacional?

Para responder estas preguntas deben examinarse los casos más importantes en que los Estados Unidos utilizaron sus fuerzas armadas, para el apoyo de objetivos políticos en situaciones específicas, durante las administraciones de Bush y de Clinton.

En algunos de estos casos, Irak y Bósnia, las amenazas y el uso de la fuerza se han convertido en elementos permanentes en las relaciones entre Estados Unidos y sus adversarios.

Las fuerzas armadas norteamericanas han sido utilizadas en numerosas ocasiones durante el período estudiado (1988-1996); desde operaciones de carácter humanitario a ejercicios conjuntos con fuerzas armadas de naciones aliadas; desde operaciones logísticas en apoyo a la Organización de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales gubernamentales a despliegue de fuerzas de carácter disuasorio.

El objeto de este estudio no abarcará la mayoría de los casos enumerados previamente; sino supuestos específicos donde se utiliza la fuerza armada en forma activa conduciendo operaciones militares, en el contexto de objetivos políticos de los Estados Unidos, o de este país en conjunción con otras naciones u organizaciones internacionales.

La cuestión clave a analizar es en qué conflictos actuó Estados Unidos, cuáles fueron los resultados y porque se da frecuentemente la inhabilidad de Estados Unidos de cumplir sus objetivos a través de la diplomacia y del uso de la fuerza, a pesar de la dominación política y militar que ejerce de "facto" desde 1989.

Es un hecho ya mencionado, que las experiencias sufridas por Estados Unidos en la guerra de Vietnam y algunos accidentes sufridos durante la administración del Presidente Carter, —como la toma de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán y el rescate fallido de los rehenes por parte de EE.UU.—; y durante la administración del Presidente Reagan, —como la voladura de las barracas de la Infantería de Marina en Beirut en 1984—; dejaron una pesada herencia en la administración de la política exterior norteamericana.

En relación con Irán, la toma de la Embajada de los Estados Unidos en Noviembre de 1979 y la captura del personal diplomático y consular de la misma por estudiantes radicalizados, produjo que 52 ciudadanos norteamericanos fueran tomados como rehenes durante 444 días. Este problema, que dominó la agenda electoral durante 1980 —año de elecciones en los Estados Unidos—, se agravó cuando en abril de ese año, se envió una misión de rescate compuesta por la llamada DELTA FORCE, misión que falló sin siquiera entrar en contacto con el enemigo, muriendo ocho soldados; y que simbolizó la impotencia de los Estados Unidos en los asuntos internacionales. En Enero de 1981, los rehenes fueron liberados<sup>4</sup>.

Con respecto al Líbano, debe recordarse que el 23 de Octubre de 1984, el ataque suicida contra los cuarteles de las Fuerzas Multinacionales de Paz en Beirut, especialmente contra los batallones norteamericanos y franceses. En el primer atentado, 241 marines murieron y en el segundo 59 soldados franceses. Este atentado de la Jihad islámica, transforma la política norteamericana en el Líbano en forma permanente, dentro del enfrentamiento que también mantenía con Irán.

Como represalia los franceses, que no habían perdido tantos soldados desde la guerra de Argelia, y ni uno desde entonces; lanzaron un ataque aéreo contra las Barracas Sheik Abdullah, cerca de Baalbek, desde donde los Guardias Revolucionarios Islámicos habían preparado los ataques suicidas.

<sup>4</sup> CONOR GEARTY, "Terror". Faber and G. Faber, 1991, pág. 74.

Los norteamericanos, que tampoco habían perdido tantos soldados en un solo incidente, ni siquiera durante la guerra de Vietnam, decidieron, primero, participar en la invasión de la isla de Grenada, dos días después, para distraer a una opinión pública ansiosa.

Dieciséis meses después, un auto bomba explotó en la vecindad de las oficinas del Sheik Mohammed Hussein Fadlallah, jefe espiritual del Hezbollah (Partido de Dios) en los suburbios de Beirut, con 80 muertos y más de 200 heridos. Este atentado fue atribuido, según algunas fuentes –como el diario *The Washington Post*– al accionar de la CIA, ya que el Sheik Fadlallah había bendecido a los suicidas antes del ataque a las barracas.

En el mes de Febrero de 1984, la evacuación de las tropas norteamericanas de Beirut, tiene lugar, mientras el acorazado Nueva Jersey, con sus cañones de 16 pulgadas, arrasaba la costa como despedida<sup>5</sup>.

Puede decirse entonces, que debido a estos acontecimientos –Vietnam 1975, Irán, 1979-1980, y Beirut, 1983–; se percibe una cierta debilidad de parte de los Estados Unidos, en ciertas situaciones de uso de la fuerza militar. Y sostenerse, que hay una generación de líderes políticos en el mundo que tienen una percepción de debilidad en el poderío político y militar de los Estados Unidos; que hace que enfrenten cualquier conflicto con esta nación con la creencia de que los Estados Unidos pueden ser derrotados o verse obligados a retirarse, en determinadas situaciones.

Este punto de vista puede resumirse en las palabras que Mohammed Farah Aideed, líder de una facción somalí, le expusiera al Embajador norteamericano Robert Oakley, enviado especial a Somalia, durante la fallida intervención militar en este país entre 1993 y 1995. “Hemos estudiado Vietnam y el Líbano, y sabemos como hacer que los norteamericanos se vayan; matándolos, así la opinión pública, pondrá fin a estos casos”<sup>6</sup>.

Aideed tenía razón, y la retirada de Mogadishu no sólo fue una derrota humillante para los Estados Unidos, sino que vino a reforzar la percepción sobre la falta de voluntad de este país y complicó los esfuerzos norteamericanos para lograr sus objetivos por los cauces diplomáticos, es decir, sin recurrir a la fuerza.

<sup>5</sup> *Ibidem* 4, págs. 91-92

<sup>6</sup> JOAN LEWIS AND JAMES MAYALL. Somalia in James Mayall ed. *The New Interventionism* 1991 – 1994 Cambridge University Press. Cambridge, England.

Este juicio básico, que tienen algunos líderes de Estados, de creer que pueden enfrentarse al poderío militar norteamericano, ha hecho muy difícil para Estados Unidos concretar sus fines sin tener que conducir operaciones militares, aún a pesar de su apabullante superioridad. Dicha percepción y la consiguiente necesidad de usar efectivamente la fuerza militar, debido a que ciertos países no creen que Estados Unidos la vaya a utilizar; ha creado un gran obstáculo para la resolución de los conflictos y la protección de los intereses norteamericanos en el mundo.

¿Cuáles son entonces las condiciones que facilitan la efectividad de una amenaza militar?

Estas condiciones no son requisitos, sino elementos que hacen que la amenaza de utilizar la fuerza tenga éxito, e incluyen el contexto en que la amenaza se hace y el carácter de la amenaza en sí con el fin de que la misma sea creíble en el líder extranjero (contexto + carácter: credibilidad de la amenaza).

Una vez que el líder extranjero recibe la amenaza o demanda, el mismo deberá tener la percepción y calcular cuanto le costará cumplir con la demanda; es decir hacer el balance entre el costo de cumplir y el costo de desafiar la amenaza. Este balance que el líder hace, representa la potencia de la amenaza o de la demanda<sup>7</sup>.

Los usos de la fuerza militar, por parte de los Estados Unidos, tienen más probabilidades de éxito cuando este país actúa en un contexto histórico apropiado. Cuando existe un precedente o precedentes en sus demandas o acciones. Esto es razonable ya que por experiencia la reafirmación de posiciones desde larga data, es más posible de ser tomada en cuenta, y en serio, que declaraciones que versan sobre nuevas demandas; particularmente, cuando la credibilidad de una reclamación tradicional ha sido probada por la fuerza de las armas.

En cambio, frente a nuevas reclamaciones de los Estados Unidos, que invocan intereses vitales, puede ser que el líder extranjero decida probar la seriedad o severidad de los reclamos o de la demanda. Este desafío, si ocurre, significa que la amenaza es poco efectiva; entonces los objetivos de los Estados Unidos deben realizarse a través de la coacción militar.

<sup>7</sup> ALEXANDER L. GEORGE "The Role of Force in Diplomacy: A continuing Dilemma for U.S. Foreign Policy" en GORDON A. CRAIG AND ALEXANDER L. GEORGE EDS. "Force and Statecraft" 3rd. Edition, New York, Oxford University Press, 1995. ALEXANDER L. GEORGE AND WILLIAM F. SIMONS eds. "The Limits of Coercive Diplomacy" Boulder, Colorado, Westview Press, 1994.

Los precedentes también pueden tener efectos negativos. Se verá más adelante, que el hecho de que el poderío militar de los EE.UU haya sido resistido con éxito, en Vietnam y en otros lugares por potencias militares menores, ha afectado adversamente la credibilidad de los EE.UU en años recientes<sup>8</sup>.

Un segundo factor que puede determinar la credibilidad o posibilidad de acciones militares, por parte de los Estados Unidos, es la presencia o ausencia de un amplio *apoyo de la opinión pública* para el inicio de una nación militar; y la presencia o no de apoyo entre los miembros del Congreso también es influyente.

Desde Vietnam, la oposición doméstica aumenta la posibilidad de que Estados Unidos no cumplirá con la amenaza, si es desafiado; o aún de que, si actúa, la fuerza de la opinión pública hará que tarde o temprano se vea obligado a retirarse.

Desde 1975, en muy pocas ocasiones ha habido apoyo de la opinión pública para las iniciativas de uso de la fuerza militar, al menos antes de que la operación haya sido exitosa. De esto puede surgir alguna evidencia, para que los líderes de algunas naciones puedan citar como precedentes, a sí mismos y a sus pueblos, que los Estados Unidos pueden retirarse o no iniciar una operación militar.

Un tercer factor contextual que parece influir en la percepción de la credibilidad o posibilidad de un ataque militar, por parte de los Estados Unidos, es el apoyo de los terceros Estados a la posición que plantea los Estados Unidos en un momento determinado. Las protestas de naciones aliadas pueden coartar la intención de actuar o de continuar una acción; ya que un alto costo se podría acarrear al perderse relaciones que son para los EE.UU de mayor importancia que la demanda en cuestión.

Este factor ha cobrado una relevancia mayor en los últimos años<sup>9</sup>. Aún en la invasión Grenada, la acción fue llevada dentro del marco de una solicitud de intervención hecha a los EE.UU por los países que formaban la OECS – Organización de Estados del Caribe Oriental –; ya que EE.UU se ha mostrado casi siempre contrario a actuar sin aliados frente a los nuevos tipos de situaciones que han surgido después de la Guerra Fría.

<sup>8</sup> THOMAS SCHELLING. "Arms and Influence". New Haven, Yale University Press, 1985.-

<sup>9</sup> HUGH O'SHAUGHNSAY "Grenada, Revolution, Invasion and Aftermath.". Sphere Books, London, 1984, págs 243-244.

En el conjunto de estas circunstancias o factores, lo que interesa no es sólo la realidad del apoyo aliado sino la percepción que tiene el contrario de este hecho. Así, la creencia de Saddam Hussein de que EE.UU no utilizaría la fuerza militar durante el conflicto del Golfo, se debía a que él pensaba que dicho país jamás llevaría a cabo operaciones en Irak, porque de acuerdo a su punto de vista, las naciones árabes aliadas de la coalición no participarían y dejarían la alianza<sup>10</sup>.

El último factor contextual, que influye las demandas que pueden desembocar en el uso de la fuerza militar por parte de los Estados Unidos, es la reputación del Presidente y de otros oficiales de alto rango en la Administración. Existe discusión sobre este factor; y en el estudio de los casos prácticos no hay diferencias a discernir entre la reputación de los presidentes Clinton y Bush.

Otro factor que contribuye en forma importante a la credibilidad del uso de la fuerza se refleja en el carácter de la amenaza, es decir, en la forma en que ésta es hecha. Un sentido de urgencia debe ser parte de demanda, o el líder al que se le envía el mensaje creerá que se está frente a una estrategia de dilación o inacción y que esto será lo más efectivo para evitar el cumplimiento. Establecer un plazo cierto para el cumplimiento es un elemento importante<sup>11</sup>.

En 1989, el Gral. Manuel Noriega entendió que los EE.UU preferían que él abandonara el poder y el sistema democrático se restableciera. Pero como los EE.UU apoyaron las negociaciones entre la Organización de Estados Americanos (OEA) y Noriega, sin expresar o articular una amenaza clara y precisa de que si no cumplía y se iba, sería removido por la fuerza; Noriega, aparentemente, interpretó las acciones estadounidenses como mera retórica y creyó que los ejércitos militares en la zona del canal eran un "bluff"<sup>12</sup>.

Las amenazas o mensajes verbales son más efectivos cuando van acompañados por acciones militares tangibles, pasos que indican la gravedad de la situación; de ese modo se le otorga verosimilitud a las palabras demostrando la voluntad de gobierno de pagar un precio por la situación o, mejor dicho, por cambiar la situación.

Debe tratar de demostrar la mayor voluntad posible desplegando fuerzas en el potencial teatro de operaciones. Aquí, el desplaza-

<sup>10</sup> JANICE STEIN "Deterrence and Compellence in the Gulf 1990-1991. A Failed or Impossible Task?" *International Security*, 17, Fall 1992. 2. Janice G. Stein.

<sup>11</sup> GEORGE AND SIMONS, citado en 7. *The Limits of Coercive Diplomacy*.

<sup>12</sup> FREDERICK KEMPE, *Divorcing the Dictator, America's Bungled Affairs with Noriega*. New York, Putnam, 1990.

miento de tropas terrestres ha demostrado ser más efectivo que de unidades navales; ya que el desplazamiento de las primeras demuestra la voluntad de pagar un precio político al poner la vida de soldados en riesgo

De igual forma la movilización de las reservas ha sido un medio efectivo de darle credibilidad a las palabras en una determinada situación. Interrumpir la vida de los ciudadanos llevándolos de nuevo a las fuerzas armadas y separándolos de sus familias y lugares de trabajo demuestra la intención de un gobierno de pagar un alto precio por llegar a cumplir un objetivo.

El contexto y el carácter de la demanda o de la amenaza de una acción determina la credibilidad de la misma en la mente del líder al que van dirigidas.

Pero si un líder decide o no cumplir con lo que se le pide o exige, estará condicionado por las características de la demanda o petición. Para que una demanda o petición sean efectivas deben ser específicas, claramente articuladas y puestas en términos tales que el líder las entienda. En algunos casos quien recibe la demanda, no entiende que es lo que se le está exigiendo o cuáles son las peticiones; de allí que no actúe de acuerdo a las mismas, aún cuando hubiere querido hacerlo<sup>13</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, que la demanda puede ser más o menos onerosa, o de difícil cumplimiento por parte de las personas a las que se dirige; y esto depende del contenido específico de la misma ¿Qué es lo que se demanda?

En un extremo, algunas demandas no pueden ser cumplidas. En otros casos, los Estados Unidos y otras naciones no han entendido correctamente ciertas situaciones y han demandado ciertas acciones que el Estado al cual se dirigían no podía cumplir. Tal es el caso de las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Soviética con respecto a la zona del Medio Oriente en las décadas de 1960 y 1970; cuando Estados Unidos demandaba y la Unión Soviética no cumplía, aquellos no comprendieron la inhabilidad de esta de influenciar ciertos países árabes y las facciones en pugna dentro de los mismos<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> GEORGE AND SIMONS Eds. *"The Limits of Coercive Diplomacy"* Paul G. Loren "Coercive Diplomacy and Ultimata: Theory and Practice in History". En este capítulo se establece que los ultimatus son el modo más preciso y explícito de comunicar una demanda y hacen que se eviten errores de percepción, de interpretación y de cálculo por el oponente.

<sup>14</sup> LAWRENCE L. WETTEN, *"The Canal War: Four Power Conflict in the Middle East."* Cambridge, Mass. Mit Press, 1974.

La inclusión de incentivos de carácter positivo, o sea ventajas como contrapartidas, es una forma importante de mejorar la percepción que el líder extranjero tenga de una demanda o petición. Estas ventajas o contrapartidas cambian la percepción del contenido de la demanda misma y otorgan una excusa política para hacer lo que igual hubieran querido o tenido que hacer, es decir aceptar la petición o la demanda.

Un ejemplo clásico de este tipo de canje se dio en 1962, durante la llamada "crisis de los misiles"; donde la URSS se comprometió a desmantelar las instalaciones de misiles en Cuba, pero Estados Unidos retiró los misiles de Turquía que apuntaban hacia territorio Soviético.

La percepción de la dificultad de cumplir con una determinada exigencia se ve afectada también por el grado de "visibilidad" de la retirada de su posición. Un acatamiento que es "invisible" es más fácil de aceptar ya que quizás no acarree costos políticos. En cambio, una retirada visible y humillante es algo que un líder político quizás resista a toda costa.

Se entiende también, que la amenaza o el uso limitado de la fuerza es más efectivo cuando la conducta del Estado demandado solo requiere que éste no haga algo que ha amenazado o declarado que va a hacer; es decir la disuasión antes que el hecho consumado. En el caso del hecho ya consumado, el líder del estado debe llevar a cabo una acción visible. En cambio, en el caso de la disuasión, no se sabe, ni se puede saber, si en la ausencia de amenaza de uso de la fuerza, la otra parte hubiera llevado a cabo, la acción de la que se lo disuadió. ¿Acaso la URSS hubiera intentado tomar Berlín Occidental entre 1955 y 1963, si los EE.UU no hubieran amenazado con el uso de la fuerza armada para contrarrestar su iniciativa? Nadie puede decirlo.

Así, la disuasión es más efectiva; ya que la parte contraria puede retroceder en sus posiciones, sin ser esto un acto visible, y decir después que aún sin la amenaza, o a pesar de ella, no hubiera actuado tampoco.

En cambio cuando se requiere un acto positivo, por ejemplo la retirada Iraquí del territorio de Kuwait; la retirada se hace pública y evidente y puede tener consecuencias políticas regionales e internas, de allí que sea más difícil de lograr sin el uso de la fuerza.

Todas las condiciones mencionadas: contexto de la amenaza, carácter y grado de dificultad de cumplimiento de la misma, contribuyen a que un líder de Estado entienda el costo de cumplir o no cum-

plir con una demanda o petición de otro Estado, en este caso, los EE.UU. La finalidad de estas condiciones es que el estado entienda que si la amenaza es llevada a cabo, resultaría en una situación donde quedaría en peor posición, que si hubiera cumplido con la demanda. De ese modo el Estado debe balancear, como ya se ha dicho, el costo de cumplir con el de no cumplir. En definitiva una amenaza potente, es decir lo suficientemente real, deberá o debería producir el cumplimiento en un oponente racional.

## **II. Estudio de los casos.**

Todas estas condiciones serán examinadas en cada uno de los ocho casos más importantes en los cuales se usó o se amenazó con usar la fuerza militar en forma limitada en apoyo de acciones de la diplomacia norteamericana, durante la presidencia de George Bush y el primer período presidencial de Bill Clinton, haciéndose un análisis sumario de los mismos.

### ***Panamá 1989-1990 "Operación Justa Causa"***

El dictador panameño, General Manuel Noriega, fue un instrumento de la política norteamericana durante muchos años. Al finalizar la década de 1980, sin embargo, su valor declinó, como consecuencia del arreglo de la cuestión de la insurgencia en Nicaragua; además sus relaciones con los carteles de la droga, especialmente colombianos, se hicieron más abiertas y mayores.

Después de ser formalmente acusado en Febrero de 1988, en los EE.UU, por tráfico de drogas y lavado de dinero; las administraciones de Reagan y Bush, decidieron buscar la remoción de Noriega.

Al crecer la tensión entre los dos países, entre 1988 y 1989, las Fuerzas de Defensa de Panamá, una de las llaves de poder de Noriega, comenzaron a hostigar al personal militar norteamericano en el país y en la Zona del Canal, aumentando al mismo tiempo, la represión a la oposición democrática en el país.

Debido a las elecciones presidenciales, el gobierno norteamericano no inició presiones serias contra Noriega hasta 1989. En abril de 1989, los Estados Unidos aclararon su posición considerando que Noriega era un gobernante "ilegítimo" y que querían que se retirase. Al mismo tiempo, renovaron las sanciones económicas a Panamá y dieron a la oposición panameña diez millones de dólares en asistencia encubierta, en un esfuerzo para cambiar el rumbo de las elecciones.

nes de mayo de ese año en Panamá; enviando, asimismo, observadores a las elecciones.

Una vez que Noriega manipuló los resultados electorales; Estados Unidos inició una serie de maniobras diplomáticas, retiró a su embajador, y comenzó a trabajar a través de la Organización de Estados Americanos (OEA) para negociar la renuncia de Noriega. Además, inició una serie de ejercicios militares en la Zona del Canal, para hacer más visible su presencia. Noriega continuó rechazando las presiones de los EE.UU e incluso sobrevivió a un golpe de estado, en el que Estados Unidos tuvo participación.

Sin embargo, cuando un oficial naval norteamericano fue asesinado, en Diciembre de 1989, el Presidente Bush autorizó rápidamente a las fuerzas armadas a invadir Panamá, capturar a Noriega y llevarlo a juicio a EE.UU.

En este caso, tanto las acciones diplomáticas como las amenazas de uso de la fuerza militar fracasaron; necesitándose el uso directo de la fuerza militar para que los objetivos de EE.UU se cumplieran. Las razones de esta situación y de su desenlace se relacionan con el contexto y el carácter de la amenaza en sí.

A pesar de una serie de declaraciones de los EE.UU a cerca de que creían que Noriega debía renunciar y de que el suyo era un gobierno ilegítimo; nunca se dijo en forma clara, inequívoca y definitiva que los EE.UU invadirían el país y depondrían a Noriega si no se cumplía la demanda de abandonar el poder<sup>15</sup>.

Ningún costo se especificó por no cumplir con la demanda de abandonar el gobierno, ni ninguna amenaza clara fue hecha; puede haber habido inferencias de esto a través de declaraciones norteamericanas, pero nunca se especificó claramente un plazo cierto para que Noriega hiciera abandono del poder en Panamá.

Los refuerzos militares enviados a la Zona del Canal, y los ejercicios militares realizados allí, fueron explicados como relacionados con la seguridad de la zona en vista del deterioro de las relaciones entre los dos Estados<sup>16</sup>.

La fuerza de invasión fue preparada en secreto y no hubo un ultimátum claro que obligara a Noriega a rendirse o a ser expulsado

<sup>15</sup> El mismo Pte. Bush dio una conferencia de prensa el 13 de octubre de 1989 diciendo que el uso de la fuerza de Panamá era un argumento estúpido. *New York Times*, 14 Octubre 1989.

<sup>16</sup> KEVIN BUCKLEY. *"Panamá, The Whole Story"*. New York, Simon & Schuster 1991.

del gobierno. Esta forma de actuar se relaciona con la Doctrina Weinberger de cómo usar la fuerza en forma efectiva.

Era difícil para los integrantes de la Administración norteamericana amenazar efectivamente en este caso, porque era difícil que Noriega abandonara el poder sin un mensaje claro. Esto significa que Noriega no entendió que existía una seria amenaza por parte de Estados Unidos a su persona, dado que estos no explicaron en forma clara que acción tomarían si su demanda no era satisfecha; y Noriega no les creyó hasta que fue demasiado tarde para él.

### ***Las relaciones entre EE.UU e Irak 1990-1998***

Ocho meses después de la exitosa operación en Panamá la administración Bush tuvo un desafío mucho mayor en el Golfo Pérsico<sup>17</sup>.

En este caso, la amenaza del uso de la fuerza armada fue un elemento central de la estrategia de los EE.UU desde el inicio de la crisis. El Presidente Bush y otros oficiales del gobierno dijeron repetidamente y en forma inequívoca que si Saddam Hussein, no retiraba las fuerzas iraquíes que habían invadido Kuwait; los EE.UU estaban listos, con la ayuda de los aliados, para expulsarlos por la fuerza. La amenaza de concretar esta acción se hizo creíble, durante todo el año 1990, a través de la movilización y el despliegue de tropas en una gigantesca operación militar; operación que no podía dejar dudas en Saddam Hussein sobre la decisión del Presidente Bush de correr un riesgo político para implementar y llevar a cabo esa amenaza.

La credibilidad de EE.UU fue aumentada al forjarse una amplia coalición que apoyaba la acción norteamericana, y que incluía naciones árabes; además de los tradicionales aliados de los EE.UU, y otros "no tradicionales".

La fuerza de esa alianza se plasmó también en el campo jurídico internacional a través de la autorización del uso de la fuerza por parte de la Organización de Naciones Unidas;<sup>18</sup> y en el campo jurídico interno de los EE.UU a través de la autorización del Congreso de enviar fuerzas de combate norteamericanas a combatir al exterior<sup>19</sup>;

<sup>17</sup> LAWRENCE FREEDMAN & EFRAÍN KARSH, *The Gulf Conflict, 1990-1991*, Princeton, Princeton University Press 1993, *Gulf Crisis Chronology* Essex, Uk, Longman's Current Affairs, 1991. Otras fuentes consultadas además de las que se mencionen en notas separadas fueron los siguientes periódicos: *The Manchester Guardia*, *The Washington Post*, *Le Monde*.

<sup>18</sup> Security Council Resolution N° 660, 02Aug. 1990, 29 ILM pág. 1325 (1990) Security Council Resolución N° 678, 29 Nov. 1990, 29 ILM, pág. 1565 (1990).

<sup>19</sup> War Powers Resolution Nov 7, 1973, 87 Stat. 555, 50 U.S.C. 1541-1548, 1976.

estableciéndose además, un plazo definido para el cumplimiento; demostrándose así la urgencia y potencia de la demanda.

Finalmente los EE.UU, inician una campaña aérea, previa a la ofensiva terrestre, dando evidencia de su poderío militar y voluntad de actuar; además de ofrecer a Irak una última oportunidad de retirarse de Kuwait en vez de ser retirados.

El contexto y el carácter de la amenaza, deberían haber previsto un éxito, antes de usar efectivamente la fuerza militar; pero Estados Unidos y sus aliados debieron invadir Kuwait y obligar a Irak a retirarse por la fuerza de las armas.

¿Cuál fue la razón de la conducta del gobierno iraquí? Quizás nunca sea conocida, dada la opacidad de su régimen, pero pueden sugerirse varias posibilidades como respuestas.

En primer lugar, a pesar de la visibilidad de la potencia militar de los EE.UU y de sus aliados en las zonas de operaciones, Saddam Hussein puede haber subestimado la capacidad de los Estados Unidos en relación con la fuerza militar de Irak; o quizás creyó que habría muchas bajas norteamericanas, obligando al Presidente Bush, presionado por la opinión pública, a finalizar las operaciones militares antes de que las tropas iraquíes se retiraran de Kuwait; tomando en cuenta la oposición que existía en ciertos sectores de EE.UU al uso de la fuerza y la fragilidad de la coalición.

Cabe la posibilidad, también, de errores de información, es decir, que los subordinados de Hussein no le dieran las evaluaciones negativas por temor a ser considerados traidores<sup>20</sup>.

Por otro lado, algunos entienden que los EE.UU nunca amenazaron con retirar del poder a Saddam Hussein o destruir su régimen si las fuerzas de ocupación no eran retiradas de Kuwait<sup>21</sup>.

Sin embargo, debe decirse, que se entiende que EE.UU sí realizó esta amenaza para disuadir a los iraquíes de utilizar armas químicas; es decir que si las utilizaban destruirían directamente el poder de Saddam Hussein en Irak<sup>22</sup>. Según la opinión dominante, la amenaza se restringió a la expulsión o destrucción de las fuerzas iraquíes en Kuwait, en parte, porque los miembros árabes de la coalición no querían o no podían aceptar un proyecto más ambicioso, que era el de destruir al régimen iraquí.

<sup>20</sup> Ibídem 16.

<sup>21</sup> JANICE STEIN. Op. cit.

<sup>22</sup> BURRUS M. CARNAHAN, "Protecting Nuclear Facilities From Military Attack: Prospects After The Gulf War" American Journal of International Law July 1992, Vol. 86 N° 3 págs. 524-541.

Desde la perspectiva de Saddam Hussein, en su visión estratégica, una derrota militar reteniendo el poder era preferible a una retirada ignominiosa; o sea, mejor la derrota militar frente a la abrumadora fuerza de la coalición que ceder a sus demandas; ya que su poder en Irak no estaba en juego, ni en riesgo, cualquiera fuera el resultado de la acción militar en su contra.

Con este resultado ambiguo, triunfo militar de la coalición liderada por Estados Unidos pero supremacía política de Saddam Hussein; la amenaza y el uso de la fuerza han sido un elemento central en las relaciones entre Irak y los EE.UU desde el fin de la Guerra del Golfo.

Inmediatamente después de finalizada la primera parte del conflicto, los EE.UU y sus aliados, a través de las Naciones Unidas<sup>23</sup>, intervienen en el territorio iraquí para proteger a los kurdos en el Norte de Irak y a las minorías Shiítas en el sur de Irak, estableciendo zonas de prohibición de sobrevuelo ("*no fly zones*") para la fuerza aérea de Irak. Estas acciones, a su vez, fueron acompañadas de apoyo encubierto a elementos rebeldes en esas dos regiones, en un intento de desestabilizar el régimen de Saddam Hussein<sup>24</sup>.

Las zonas de prohibición de sobrevuelo han sido observadas estrictamente, a través de patrullajes aéreos y, ocasionalmente, por el uso de misiles contra radares, instalaciones de lanzamiento de misiles y las estructuras de comando iraquíes. Pueden citarse dos ejemplos referidos a los ataques con misiles. Primero, en Septiembre de 1996, los EE.UU, atacan el sur de Irak, en respuesta a la intervención iraquí en el conflicto entre dos facciones kurdas en el norte de Irak. Cuando Hussein afirmó que no se respetarían las zonas de prohibición de sobrevuelo, los EE.UU amenazaron con devastadores ataques aéreos y el envío de fuerzas capaces de hacerlo; como respuesta Saddam Hussein parece dejar de intervenir en el conflicto.

El segundo ejemplo, durante la Administración Clinton, Estados Unidos ataca con misiles Crucero, en represalia por un intento de asesinar al ex Presidente Bush, durante una visita de éste a Kuwait. El complot fue descubierto, antes de que el atentado ocurriera, pero

<sup>23</sup> Security Council Resolution N° 688 April 5 1991, 30, ILM, pág. 858, 1991.

<sup>24</sup> La legalidad de estas acciones, relacionadas con la duración de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, así como los llamados efectos "*ultra vires*" de las mismas, es discutida en profundidad en David D. Caron, "The Legitimacy of the Collective Authority of The Security Council" A.J.I.L. Oct. 1993, Vol 87 N° 4 págs. 552-588.

las represalias se hicieron para castigar a Irak y prevenir futuros incidentes de este tipo. Los ataques de misiles fueron dirigidos principalmente a los cuarteles de la inteligencia militar iraquí, que se estimaba habían estado implicados en el complot. Con esta acción se advirtió a Saddam Hussein que actos de terrorismo y operaciones encubiertas de esta naturaleza no serían tolerados.

Además de estos dos incidentes mencionados, el más grave que ocurrió desde 1991, fue en 1994, cuando en respuesta al movimiento de tropas iraquíes hacia Kuwait, los Estados Unidos despliegan nuevamente un gran poderío aéreo, naval y terrestre; listos para repeler cualquier invasión con el uso de la fuerza. Las fuerzas iraquíes se retiran poco después de la llegada de los refuerzos estadounidenses. Sin embargo, es difícil creer que la invasión fuera inminente, debido a la experiencia sufrida por Hussein en 1991, a la mayor debilidad de las fuerzas iraquíes y a la gran capacidad de respuesta de EE.UU y sus aliados.

Esta secuencia de incidentes, sin ser los últimos, presenta evidencias sobre la dificultad de utilizar la fuerza militar. En cada episodio los Estados Unidos tuvieron éxito en apariencia: la prohibición de sobrevuelo se respetó; en líneas generales no ha habido más complots contra objetivos norteamericanos desde las represalias por el fallido atentado contra Bush; y desde 1994 no ha habido más amenazas a Kuwait.

Sin embargo, desde el punto de vista estratégico, los EE.UU han fracasado ya que su verdadero objetivo se hubiera cumplido con la caída del régimen de Hussein o con un cambio radical en la conducta del líder iraquí. Por su parte, Saddam Hussein continúa ignorando las resoluciones del Consejo de Seguridad de las UN, aterrorizando a las minorías, y manteniendo una conducta beligerante frente a Kuwait y a otros estados de la zona<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Baste señalar a modo de comentario algunas de las Resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad relacionadas con Irak: Security Council Resolution N° 6661 13 Sept. 1990 29 ILM 1330 1990; Security Council Resolution N° 6742 29 Oct. 1990 29 ILM pág. 1561 1990; Security Council Resolution N° 6873 April 3 1991 35 ILM pág. 846-852 y Security Council Resolution N° 6884 April 5 1991 35 ILM pág. 858 1991.

La Security Council Resolution N°687 "THE CEASE FIRE RESOLUTION" ordena además la destrucción y el desmantelamiento de las armas de destrucción masiva; misión que lleva a cabo la Comisión especial de las UN, órgano subsidiario del Consejo de seguridad creado por este para llevar a cabo esta misión.

Este desafío permanente o periódico de Irak a los EE.UU, en la arena política, significa que EE.UU ha debido contentarse con el objetivo de la contención. Este fracaso ha ocurrido a pesar de que las condiciones para la actuación de los EE.UU eran positivas, es decir, que existían precedentes para las acciones militares, la opinión del público en Estados Unidos era favorable y los aliados tradicionales generalmente han cooperado; y cuando no lo han hecho Estados Unidos ha actuado en forma unilateral. Sin embargo, los Estados Unidos y sus aliados no han tenido la voluntad de llevar a cabo la acción que debería corresponder a sus intereses estratégicos: sacar a Saddam Hussein por la fuerza de las armas.

Esta debilidad se hizo evidente y manifiesta en 1996, cuando en respuesta a la acción militar iraquí contra una de las facciones kurdas, los Estados Unidos atacan en forma simbólica la zona sur de Irak, bien lejos de la zona del conflicto armado. Debe destacarse que en esta oportunidad la mayoría de los aliados no deseaban participar de la acción y, finalmente, Saddam Hussein toma el control efectivo del territorio del norte de Irak y desmantela la oposición kurda.

El conflicto continúa y, al finalizar 1997, Saddam Hussein prohíbe la presencia de ciudadanos norteamericanos en los equipos de observadores de las UN (UN SPECIAL COMMISSION) que se encuentran en Irak inspeccionando y verificando la destrucción y el desmantelamiento de las armas de destrucción masiva de acuerdo a las Resoluciones del Consejo de Seguridad y los Acuerdos entre Irak y la ONU<sup>26</sup>. Saddam también prohibió la inspección en ciertos lugares, como los palacios presidenciales.

En Enero de 1998, nuevamente la autoridades iraquíes niegan la autorización a un equipo de inspectores, afirmando que el norte-

---

Bajo la Security Council Resolution N° 986 -April 14 1995 ILM pág. 1095- se le autoriza a Irak a vender petróleo por valor de 2 billones de dólares (2.000 millones) por un período de seis meses, para poder comprar productos de necesidad humanitaria y como fondo para varias actividades de las UN relativas a Irak, como la llamada Comisión de Compensaciones de Irak, que está encargada de juzgar las reclamaciones contra Irak que resultaron de la invasión y ocupación de Kuwait.

Por último baste mencionar las Security Council Resolutions 1134 y 1117 de Octubre de 1997 que obligan a Irak a cumplir con sus obligaciones internacionales, y las Security Council Resolutions 1153 y 1143 que renuevan la Res 986 y amplían los cupos de venta de crudo.

Ver sobre estas últimas resoluciones, The International Lawyer Summer 1998, Vol 32, N° 2 pág. 577.

<sup>26</sup> Ibidem 25.

americano que presidía el equipo era un espía. Ante una nueva amenaza del uso de la fuerza y de la intervención del Secretario General de la ONU, Kofi Annan, quién negoció un acuerdo para que se reanudaran las inspecciones, se evitó una nueva confrontación si bien sin resolver el problema de fondo.

En Diciembre de 1998, aviones de los EE.UU y del Reino Unido iniciaron una campaña de bombardeos masivos en Irak, con el objetivo de debilitar el régimen de Saddam Hussein y lograr que Bagdad coopere con los inspectores de la Comisión que realizan las tareas de verificación. Esta campaña fue la consecuencia directa de las dificultades intrínsecas que tiene EE.UU al hacer uso de la fuerza en forma "limitada"; compuesta por problemas específicos e internos que sufría en ese momento la Administración del Presidente Clinton.

Ya desde Diciembre de 1997, Saddam Hussein venía poniendo a prueba la voluntad de los EE.UU con el tema de las inspecciones y los americanos contestaban con retórica y diplomacia, pero evitaron los ataques aéreos en varias ocasiones; la última en Noviembre de 1998 cuando los aviones ya estaban en ruta rumbo a sus blancos.

La estrategia de Saddam Hussein de probar y luego cumplir ha sido exitosa en un alto grado y ha sido costosa para los EE.UU tanto en el tema de la preparación militar, aspecto tangible, como en términos políticos, al parecer vacilante e indeciso, empleando una fuerte retórica pero buscando cualquier excusa para no utilizar la fuerza militar. Como resultado de esta política, el apoyo internacional a las inspecciones declinó tanto internacionalmente como en el plano nacional. Es seguro que los objetivos tácticos, es decir, el retorno de los inspectores, se cumplirán con los bombardeos de Diciembre de 1998; otra cosa es que se cumplan los objetivos estratégicos.

Los Estados Unidos siguen apoyando a grupos que buscan el derrocamiento interno de Saddam Hussein; aprovechando el descontento que existe en cierto grado por el bloqueo y las sanciones económicas; pero le falta la decisión clara: remover por la fuerza a Saddam Hussein; y esto sugiere que el conflicto entre EE.UU e Irak aún no ha terminado.

### ***Somalia 1992-1995***

La desastrosa intervención de los EE.UU en Somalia ha servido, más que ningún otro acontecimiento, para formar una idea de la eficacia del poder militar norteamericano. Estas acciones influyeron en los líderes de Haití y de Bosnia al enfrentarse con las amenazas de acción norteamericana en forma simultánea.

La situación de lo ocurrido en Somalia puede sintetizarse de la siguiente manera: las fuerzas militares norteamericanas entraron en Somalia en Diciembre de 1992, como parte de una misión multilateral de las NU llamada UNITAF, cuya intención era asegurar el suministro de alimentos y de otros elementos para finalizar una situación de hambruna, y preparar el camino para otra fuerza de la NU, mayor que la primera. Habiéndose cumplido este objetivo, en mayo de 1993, UNITAF dejó el lugar a UNOSOM II, fuerza que incluía 4500 soldados norteamericanos.

La misión de UNOSOM II tenía por finalidad desarmar a las facciones y clanes rivales que hacían imposible el restablecimiento de un gobierno central. En Mayo de 1995, las fuerzas americanas y toda la misión de la ONU se habían retirado de Somalia.

En Somalia, debido a errores políticos, los EE.UU permiten que sus fuerzas militares transformen el objetivo humanitario primordial y originario de la misión, en una acción destinada a lograr la paz en un conflicto político; desarmando facciones encontradas en el territorio somalí.

Cuando una de las facciones se resiste y mata a 24 soldados paquistaníes del contingente de la ONU; los Estados Unidos lanzan una operación militar "limitada" contra esa facción. Pero con la derrota táctica sufrida en Octubre de 1993, Washington anuncia que no continuará en Somalia y que retirará las fuerzas de ese país.

Al tomar las fuerzas de EE.UU un rol político fuera de su misión original, esta se volvió muy difícil de cumplir. La mayoría de las condiciones para el uso de la fuerza eran negativas; en primer lugar no había un precedente de intervención norteamericano en la política y en los asuntos internos de Somalia, además la opinión pública no apoyaba una intervención militar que fuera más allá del rol humanitario. Los otros países que formaban parte de la fuerza de intervención eran extremadamente reacios a tomar cualquier acción que pudiera desembocar en un conflicto.

Los objetivos tampoco eran claros ni para los EE.UU ni para la opinión pública de ese país. Y como existían conflictos internos entre las distintas facciones somalíes, una de ellas encabezada por Mohammed Farah Aideed; tampoco quedaba claro si se podría cumplir con las demandas de los EE.UU y de la ONU.

Igualmente, se puede afirmar que el carácter de la amenaza de la acción sugería potencia, había un sentido de urgencia implicado y existían estímulos positivos para cumplir, sin embargo tanto la amenaza como el uso de la fuerza fracasaron.

La razón más clara de este fracaso, fue expresada por el mismo Aideed, quien conociendo la historia reciente de los EE.UU, creía que los americanos no sostendrían una campaña contra su grupo debido a las bajas que podría sufrir. La disensión entre EE.UU y sus aliados confirmó que no cumplirían la amenaza. Así, esta acción fracasó por no ser creíble la amenaza, debido esto a factores contextuales que reforzaron la opinión que el objetivo tenía sobre la credibilidad de los EE.UU.

El apoyo de la opinión pública americana bajó considerablemente al morir 18 de sus soldados en las calles de Mogadishu.<sup>27</sup> Como explica John Mueller “cuando los americanos se preguntan cuantas vidas americanas valían salvar varios cientos de miles de vidas somalíes, la respuesta fue cercana a cero”<sup>28</sup>.

Profundicemos la situación en Somalia para ver que hizo que se llegara a este resultado. En 1991, en Somalia, existía una nación devastada por la guerra civil. Si bien, la situación aquí era menos compleja que en el Líbano, ya que no había fuerzas extranjeras contra las que luchar y la Guerra Fría – factor que podía intensificar y contener el conflicto al mismo tiempo – había concluido. En términos humanitarios la situación no era menos seria; la lucha produjo la interrupción de toda la vida económica, con el resultado de una hambruna que amenazaba la vida de millones de somalíes. La preocupación por esta situación llevó al Consejo de Seguridad de la ONU, en 1992, a monitorear un cese al fuego en el conflicto y a facilitar la entrega de ayuda humanitaria para el país afectado, – operación conocida como UNOSOM I –. Pero los esfuerzos se vieron afectados seriamente cuando las facciones rivales atacaron los convoyes de ayuda humanitaria y robaron los alimentos.

En Diciembre de 1992, el Presidente George Bush envía tropas de EE.UU a Somalia para mantener la paz, con la misión de proteger las entregas de alimentos de ataques por parte de los clanes rivales. En Febrero de 1993, UNITAF cumple su cometido y los EE.UU declaran que la seguridad en Somalia está sustancialmente restaurada. Así, se prepara el traspaso en el control del mantenimiento de la paz y de la misión humanitaria a la ONU, con UNOSOM II, en Mayo de 1993. El traspaso se llevó a cabo a pesar de algunas demostraciones

<sup>27</sup> JOAN LEWIS AND JAMES MAYALL. Citado en 6; págs. 94 a 124.

<sup>28</sup> JOHN E. MUELLER “*Policy Principles For Unthreatened Wealth Seekers*” *Foreign Policy*. 102. Spring 1996 pág. 31.

violentas contra las fuerzas norteamericanas y francesas por los seguidores de uno de los jefes de los clanes guerreros, M. F. Aideed, quienes consideraban que las fuerzas de mantenimiento de paz apoyaban a uno de los clanes rivales.

Poco después que UNOSOM II, se hizo cargo, los ataques a estas fuerzas recrudecieron; y el 5 de Junio de 1993, 24 paquistaníes de las fuerzas de mantenimiento de paz sufren una emboscada y mueren. Las muertes fueron atribuidas a seguidores de Aideed. El Consejo de seguridad condenó el incidente y pidió el arresto y castigo de los responsables. Así, comenzaron las operaciones militares para capturar a Aideed, operaciones que no tuvieron éxito y que sólo sirvieron para aumentar las bajas en ambos bandos.

El 8 de Agosto de 1993, 4 soldados americanos son capturados mientras patrullaban las calles de Mogadishu. El 24 de agosto del mismo año el Presidente Clinton, envía 400 Rangers para capturar a Aideed pero sus esfuerzos fueron vanos. El 27 de Agosto de ese mismo año, tropas americanas capturan por error a personal de la ONU encargado de funciones humanitarias. Pero aún, el 9 de Septiembre cuando la población atacaba a las fuerzas de la ONU que luchaban contra las milicias somalíes, helicópteros de los EE.UU, abrieron fuego matando a 200 civiles somalíes.

Los Rangers, capturaron a 4 colaboradores cercanos a Aideed, pero su jefe siguió libre. El 3 de Octubre de 1993, 18 Rangers fueron muertos, 70 heridos, y uno fue capturado en una batalla contra las fuerzas de Aideed, que duró 15 horas. Las pantallas de televisión mostraron a los hombres de Aideed arrastrando soldados norteamericanos muertos por las calles de Mogadishu. Si bien el Presidente Clinton anunció, cuatro días después, que enviaría refuerzos a Somalia inmediatamente, prometió el retiro de la mayoría de las tropas para el 31 de Marzo de 1994<sup>29</sup>.

### ***Macedonia: 1992 hasta el presente***

El despliegue de tropas de Estados Unidos y de otras naciones en Macedonia para impedir que la guerra en Bosnia se extendiera a esa

<sup>29</sup>En relación con este caso, el Consejo de Seguridad ha condenado los ataques a las fuerzas de la ONU como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. En ese sentido, la Sec. Council Resolution 837 del 6 de junio de 1993 autoriza al Secretario General para detener y juzgar a las personas responsables a la violación del cese al fuego. Y la Sec. Council Resolution 814 del 26 de marzo de 1993 reafirma que las personas responsables de violaciones al Derecho Internacional Humanitario serán consideradas individualmente responsables.

nación, o que ocurriera cualquier otro conflicto étnico o territorial, representa un éxito aparente para la intervención militar norteamericana.

A pesar de ser reacios a verse involucrados en Bosnia, primero los europeos y luego los americanos decidieron desplegar tropas en Macedonia, como medio de garantizar la intervención si el conflicto se extendía. Otra función era la de aumentar y reforzar las advertencias a los líderes de Serbia, de no oprimir a la población albanesa de Kosovo.

Esta acción sólo tuvo como objetivo que el conflicto no se extendiera, e hizo ver a Bosnia y su conflicto como menos importante que Macedonia.

Todas las condiciones en este caso fueron positivas; había apoyo del Congreso, unanimidad entre los aliados, las demandas y los objetivos fueron claramente explicados y reforzados por la presencia militar. Además la dificultad de cumplir con la demanda era baja, ya que no se requería ninguna acción visible.

La amenaza era la acción militar automática en caso de que el conflicto se extendiera. Esta amenaza de intervención militar automática, llevaba un fuerte elemento de voluntad de actuar y de urgencia. Si los Serbios u otro Estado (Bulgaria) hubieran tratado de extender el conflicto de Bosnia, o crear uno nuevo, sin que existiera el despliegue aliado, es algo sujeto a especulación; el hecho es que la amenaza funcionó.

### ***Bosnia 1992 al presente***

La guerra en Bosnia-Herzegovina y sus tragedias humanitarias fueron un grave problema para las Administraciones de Bush y de Clinton, y las afectó en cierto grado; de hecho la acción militar en Kosovo, en 1999, se explica por el relativo fracaso de la política en Bosnia.

A través del tiempo que duró el conflicto, amenazas de utilizar la fuerza y usos "limitados" de la misma fueron realizados con resultados tácticos variados.

Al iniciarse el conflicto, los Estados Unidos y sus aliados establecieron una zona de prohibición de sobrevuelo, para proteger envíos humanitarios a los bosnios; a la vez que ataques aéreos selectivos y amenazas fueron hechos para recordarles a los serbios estas reglas, generalmente con éxito relativo.

Por otro lado los Estados Unidos y sus aliados a través de la ONU y su fuerza UNPROFOR, utilizaron la amenaza y el uso de la fuerza para proteger las llamadas "áreas seguras" de ataques serbios y de la ocupación de ese Estado por los serbios y serbio-bosnios, con la consecuencia de asesinatos en masa de la población musulmana bosnia. Estos esfuerzos fracasaron totalmente, con el clímax de la ocupación de Zepa y Srebrenica en 1995 y el asesinato de miles de residentes<sup>30</sup>.

En el nivel estratégico, desde los primeros momentos de la Administración de Clinton, los oficiales superiores de la administración

<sup>30</sup>La complejidad del conflicto en los Balcanes supera ampliamente el objetivo de este trabajo, sin embargo para establecer una cronología precisa de los acontecimientos en esa región desde la perspectiva del Derecho Internacional, es recomendable leer el caso de la CIJ concerniente a la Aplicación de la Convención del Genocidio. "Bosnia & Herzegovina vs. Yugoslavia" (Serbia & Montenegro) especialmente la Indicación de Medidas Provisionales. Abril, 8, 1993. AJIL Volume 87 N° 3 1993, págs. 505 a 520. Además es útil la lectura de la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU N° 820/1993 adaptada en su reunión 3200 el 17 de Abril de 1993. AJIL Volume 87 N° 3 1993 págs. 521-525.

Asimismo, existen otras Resoluciones del Consejo de Seguridad relacionadas con el tema en su primera fase son las siguientes:

S C Resol 713 Sept 25, 1991 (31 ILM 1431, 1992) expresando preocupación porque la continuación del conflicto constituya "una amenaza para la paz y la seguridad internacionales", así como se expresó el apoyo del Consejo de Seguridad para los esfuerzos de la Comunidad Europea y la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa e instó al Secretario General a ofrecer asistencia en las negociaciones de paz.

S C Resol 721 Nov 27, 1991 (31 ILM 1433, 1992) haciendo notar que la continuación y agravación del conflicto "constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales".

S C Resol 724 Dec 15, 1991; S C Resol 740 Feb 7, 1992 y S C Resol 743 21 Feb, 1992 (31 ILM 1440, 1447, 1992) son concernientes al establecimiento de una fuerza de mantenimiento de paz "United Nations Protection Force" UNPROFOR.

La S C Resol 727 Jan 8, 1992 (31 ILM 1437, 1992) reforzó el embargo de armas establecido por la Resolución 713.

S C Resol 752 May 15, 1992 (31 ILM 1451, 1992) siguió insistiendo y apoyando las negociaciones de paz; y haciendo un llamado a la cesación de expulsiones forzadas de poblaciones.

S C Resol 757 Mayo 30, 1992 (31 ILM 1453, 1992) estableció un embargo económico, que fue aumentado más tarde por la S C Resol 820 April 17, 1993, a la vez que la S C Resol 757 reafirmó la necesidad de protección efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales incluidos los derechos de las minorías.

Al igual que la Resolución 724 las S C Resol 758 June 8, 1992; S C Resol 760 June 18, 1992 y S C Resol 1762 (31 ILM 1439, 1459, 1461, 1463; 1992) respectivamente, preparan planes para la entrega de ayuda humanitaria.

S C Resol 764 Jul 13, 1992 estableció "que las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones a los convenios de (1949) Ginebra son individualmente responsables al respecto de esas violaciones".

política americana, en repetidas oportunidades amenazaron con un nivel más profundo de intervención en el conflicto si los serbios no cumplían con ciertos postulados. Al mismo tiempo los Estados Unidos desplegaron fuerzas en el Atlántico y en sus bases en Italia, ayudando en el cumplimiento de las sanciones a Serbia y en el embargo de armas a Bosnia a través de ataques limitados.

Pero la vaguedad de los postulados estratégicos de los Estados Unidos dieron coraje a la intransigencia serbia que, así, aumentó sus esfuerzos para conseguir territorio adicional.

La aparente falta de resolución, por parte de Estados Unidos, se concretó a través de claras indicaciones de que éste no tenía intenciones de desplegar fuerzas terrestres en Bosnia y de que los aliados europeos, si bien desplegaron fuerzas, trataron de ubicarlas fuera de las zonas de conflicto real, permitiendo que los serbios ignoraran las demandas de la ONU y de Occidente.

Sólo en Agosto de 1995, después de las atrocidades de Zepa y Srebrenica, y la exitosa ofensiva de Croacia sobre Serbia; los Estados Unidos y sus aliados hicieron esfuerzos serios para presionar a los serbios a entrar en negociaciones de paz a través de una serie de ataques aéreos. Poco después los Acuerdos de Dayton fueron concluídos<sup>31</sup>.

---

S C Résol 764 Jul 13, 1992 (31 ILM 1465, 1992).

S C Résol 771 August 12, 1992 (31 ILM 1470, 1992) ordena a los Estados y otras entidades a entregar información substanciada sobre limpieza étnica y violaciones masivas.

S C Résol 780 Oct 6, 1992 estableciendo una Comisión de Expertos para investigar las violaciones cometidas a las normas de Derecho Internacional Humanitario (UN Doc S 24657 - 1992).

S C Résol 808 Feb 23, 1993, estableciendo el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia para juzgar a aquellos que violaron las normas de Derecho Internacional Humanitario. De acuerdo a esta Resolución el Secretario General sometió al Consejo un modelo de Estatuto para el Tribunal y el Consejo estableció el tribunal el 25 de Mayo de 1993, aprobando el Estatuto sin cambios, por la Resolución 827.

S C Résol. 827 May 25, 1993 (32 ILM 1203, 1993). Describiendo las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y determinando que esta situación constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales.

<sup>31</sup> Los llamados Acuerdos de Dayton, firmados en Dayton, Ohio, Estados Unidos, el 1° de Noviembre de 1995, crean en el territorio de Bosnia Herzegovina dos entidades: la República Srpska (serbios-bosnios) y la Federación Musulmano-Croata de Bosnia Herzegovina; tratando de crear un balance entre los grupos en conflicto, adhiriéndose a una división territorial de carácter étnico: 51% para los musulmanes y croatas, 49% para los serbio-bosnios. Establece asimismo un gobierno central, tribunales para juzgar los crímenes de guerra y derechos de los refugiados para su tierra.

Más tarde, los Estados Unidos y sus aliados utilizan nuevamente la fuerza militar, desplazando tropas terrestres, con la llamada IFOR –Fuerza de Implementación–, en Bosnia para mantener la paz y los Acuerdos de Dayton. IFOR fue exitosa en hacer cumplir los aspectos militares de los Acuerdos de Dayton y completó su misión en Diciembre de 1996. Su sucesora es una fuerza menos conocida llamada SFOR –Fuerza de Estabilización–<sup>32</sup>.

Se puede concluir que las amenazas estratégicas de los EE.UU parecen haber tenido éxito al persuadir a los serbios de detener la lucha e iniciar las conversaciones de paz; pero este éxito relativo marca un largo período de fracasos, consistente en la existencia de valores negativos en la mayoría de las condiciones dadas para la intervención.

Todas las variables contextuales eran negativas, no había precedentes para la intervención norteamericana en la ex Yugoslavia; el Congreso y la opinión pública norteamericana estaban divididos sobre si se debía intervenir o no y los aliados eran reacios a arriesgar las vidas de sus soldados.

La credibilidad de la amenaza fue reflejada por la presencia de las fuerzas armadas, pero su uso fue “limitado” lo cual transmitió un mensaje de dudas y de debilidad en vez de fuerza. El error de UNPROFOR fue tolerar una conducta hostil; debió haber contestado la fuerza con fuerza; pero decidió tener un papel preeminentemente pasivo.

Por otro lado la demanda de EE.UU de poner fin a la guerra no fue articulada claramente hasta la ofensiva aérea final y no había un sentido de urgencia en la misma.

El objetivo de los EE.UU era obligar a los Serbios y a los Serbio-Bosnios a participar en el proceso de paz, más que a detener ciertas acciones; y a quien se dirigían esas demandas el Presidente de Serbia, no siempre era obedecido por los líderes serbios en Bosnia.

Las condiciones se vuelven positivas para la acción una vez que, tras las masacres de Zepa y Srebrenica, los ataques aéreos de la OTAN y la ofensiva croata en la región de Krajina; los serbios se dan cuenta que la alternativa que tienen es la paz o la destrucción de la infraestructura militar serbio bosnia.

Así, el cuadro que emerge de la eficacia de las acciones militares norteamericanas en Bosnia es variado. Por un lado, la mayor parte

<sup>32</sup> CHARLES BOYD, “*Making Bosnia Work*” *Foreign Affairs*, Jan/Feb 1998, págs 42 a 55; para conocer a detalle la implementación de los Acuerdos de Dayton y la realidad en Bosnia.

de las amenazas fracasan debido a que no había ni intención ni voluntad por parte de Estados Unidos de enviar tropas terrestres, ni tampoco de utilizar seriamente a las que ya se encontraban en el teatro de operaciones, principalmente de países europeos.

Viendo las discusiones entre los aliados europeos y los Estados Unidos, los serbios no tendrían razón para preocuparse y podían ignorar las resoluciones y demandas. Solo cuando la OTAN y Estados Unidos, frente a las masacres y a la ofensiva croata, presionan a los serbios y estos perciben un costo en no cumplir, solo allí, se tomaron las amenazas de los aliados con seriedad. La OTAN y los Estados Unidos no olvidarían esta lección en Kosovo.

### ***Haití 1994-1996***

Haití presenta un cuadro similar al anterior en el sentido de la existencia de amenazas poco efectivas o totalmente inefectivas, así como de acciones militares "limitadas" demostrando falta de voluntad en los Estados Unidos durante un considerable período de tiempo; sin embargo luego hay una amenaza potente y creíble que produce el objetivo deseado.

La crisis en Haití comienza en 1991, cuando un golpe militar expulsa al primer presidente electo de ese país, Jean Bertrand Aristide. Entonces Estados Unidos decide perseguir una estrategia diplomática para reinstalar a Aristide, con sanciones económicas por más de dos años.

Solo cuando el Acuerdo de Governor's Island, que formalmente hubiera permitido al Presidente Aristide volver al gobierno, fracasó – en el otoño de 1993– y el gobierno militar haitiano no permitió la entrada de un barco estadounidense, –el USS HARLAN COUNTY, llevando a bordo soldados estadounidenses y canadienses al servicio de las UN–; solo allí los Estados Unidos amenazan con desplazar el gobierno haitiano por la fuerza y reinstalar a Aristide<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> La Sec. Council Resolution N° 841, del 16/6/ 93, decide en forma unánime un embargo a partir del 23 de Junio de 1993, con excepciones humanitarias, basándose en las siguientes resoluciones: MRE/RES 1/91. MRE/RES 2/91 MRE/RES 3/92 MRE/RES 4/92 adoptadas por los Ministros de Relaciones Exteriores de la OAS y las Resoluciones CP/RES 594 (923/92) y declaraciones CP/DEC 8 (927/93) CP/DEC 9 (931/93) y CP/DEC 10 (934/93) adoptadas por el Consejo Permanente de la OAS; Resolución MRE/Res 5/93 adoptada por los Ministros de Relaciones Exteriores de la OAS, basándose en las Resoluciones de la Asamblea General 46/7 11 Oct. 1991. 467138 17 Dic 1991. 47/20 A 24 Nov 1992. 47/143 18/12/92 47/20 B 23 Abril 1993.

El momento en que el barco estadounidense fue impedido de desembarcar y amenazado llega justo después de la derrota norteamericana en Somalia, haciendo dudar seriamente de la eficacia de las acciones militares norteamericanas. Durante ocho meses se hicieron numerosas demostraciones de fuerza militar a través del despliegue de fuerzas del Ejército, Armada, y de la infantería de marina, haciendo ejercicios de invasión.

A pesar de no poder tener a su favor ningún elemento para defenderse, si los EE.UU invadían la isla, el Presidente de facto Raoul Cedrés se resistió a cumplir los términos del Acuerdo de Governor's Island.

Finalmente, el Presidente Clinton recibió la autorización para usar la fuerza militar tanto de la OEA como de la ONU y puso un plazo perentorio para la invasión. Aún así Cedrés se rehusaba, y recién solo cuando se le notifica que fuerzas norteamericanas aerotransportadas habían despegado de sus bases y que la operación se había iniciado, cedió aceptando la oferta de EE.UU, a través de una delegación encabezada por el ex Presidente James Carter, abandonando el poder con cierta apariencia de dignidad y garantías de seguridad.

Debería haber sido más fácil para Estados Unidos cumplir los objetivos propuestos en Haití que en Bosnia. Si bien la opinión pública se oponía al uso de la fuerza militar en ambos casos; existían innumerables precedentes para la intervención militar norteamericana en Haití en particular y en el Caribe en general; además las naciones del hemisferio apoyaban esa política.

La petición era clara, la demanda podía ser cumplida fácilmente, la amenaza tenía potencia con respecto a la petición y había visibilidad en el despliegue del poderío militar. Existían, además, estímulos

---

Ver, asimismo, la declaración del 26 de Febrero de 1993 S/25344 donde el Consejo nota con preocupación la incidencia de crisis humanitarias, incluidos los desplazamientos masivos de población, convirtiéndose en o agravando las amenazas a la paz o seguridad internacionales.

La Resolución 841, que establece el embargo, deplora el hecho de que el Presidente legítimo de Haití J B Aristide no ha sido reinstalado, y preocupado por la persistencia de esta situación que contribuye a un clima de miedo, a la persecución y a la dislocación económica, que podría hacer crecer el número de haitianos, que busquen refugios en Miembros "vecinos" (comillas nuestras) convencido de que un cambio en esta situación es necesario para prevenir repercusiones negativas en la región decide el embargo y congelamiento de fondos del Estado Haitiano (32 ILM págs. 1206-1207, 1993).

positivos para el cumplimiento ya que a Cedrás y a su familia se le habían ofrecido seguridades amplias. ¿Por qué, entonces, fue tan difícil que la amenaza cumpliera su objetivo? ¿Por qué fue necesario lanzar una fuerza de invasión antes que Cedrás se diera cuenta que EE.UU hablaba en serio?

Dos factores parecen haber sido esenciales. En primer lugar, la oposición de la opinión pública estadounidense y del Congreso a los planes de invasión puede haberle dado esperanzas a Cedrás de que Clinton no cumpliría su amenaza. Efectivamente, y previendo un voto negativo, Clinton no pidió autorización al Congreso para la invasión, como debiera haberlo hecho de acuerdo a la WAR POWERS RESOLUTION.

En segundo lugar, Cedrás puede haber tomado en cuenta los sucesos recientes de Somalia, así como el éxito relativo al hacer retirar bajo amenazas al USS HARLAN COUNTY, con las fuerzas al servicio de la UN.

Puede haber creído que, aún si los Estados Unidos invadían, todo lo que las fuerzas de Haití tendrían que hacer era causar algunas bajas y los norteamericanos se retirarían. Finalmente, es posible que la persuasión ejercida por el ex Presidente James Carter, que dejó en claro la magnitud y la voluntad de la acción norteamericana, unida a los estímulos positivos, contribuyera para que Cedrás cediera.

### ***Corea 1994-1996***

El caso de Corea es uno de los más exitosos usos de la amenaza de la fuerza militar en el período analizado. Esencialmente, en este caso, las amenazas de uso de la fuerza militar fueron utilizadas como un elemento dentro de la estrategia; que consistió también en la utilización de instrumentos económicos y estímulos, tanto positivos como negativos, para detener el programa de armas nucleares de Corea del Norte.

Cuando el gobierno de Pyongyang trata de contrarrestar las amenazas de Estados Unidos de imponer sanciones económicas, declarando que estas sanciones equivaldrían a un acto de guerra; los Estados Unidos dejan en claro que enfrentarían a Corea del Norte, desplegando efectivos militares en la península y acompañando este despliegue con preparativos de guerra.

Las amenazas o declaraciones fueron vagas y hechas en forma indirecta, ya que ni el Presidente de Estados Unidos ni otros oficiales de alto rango de la Administración amenazaron en forma explícita

con destruir las instalaciones nucleares de Corea del Norte, pero la Administración dejó entrever que se estaban considerando opciones militares, reforzando al mismo tiempo sus defensas en Corea del Sur con misiles aire- aire y otros equipos.

Las consultas con el comandante de las fuerzas norteamericanas en Corea para discutir opciones militares hechas con un alto grado de publicidad, así como las declaraciones de ex funcionarios de anteriores administraciones sobre la necesidad de un ataque, dejaron la impresión de que la opción militar seguiría a la diplomática, si las negociaciones fracasaban.

Las condiciones se presentaban favorables para el uso efectivo de la fuerza; los Estados Unidos ya habían utilizado la fuerza en esta región, o sea que había precedentes; además, la opinión pública y el Congreso aprobaban la necesidad de hacer algo con respecto al programa de armas nucleares en Corea del Norte; así, la demanda se presentaba clara y apoyada por la fuerza.

La única condición negativa era que el aliado de EE.UU, Corea del Sur, no deseaba que la crisis se saliera de control, ya que se preveían importantes bajas si el combate se producía en la península.

La crisis termina porque Corea del Norte finaliza su programa nuclear al obtener ventajas económicas y el inicio de un diálogo que lleve a la normalización de las relaciones con los EE.UU. De cualquier manera, el gobierno de Pyongyang tomó las amenazas en serio y eso contribuyó al final de la crisis<sup>34</sup>.

### ***Taiwán 1996***

El último de los casos a analizar es un caso extraño, más simbólico que real. En 1996, China realiza una serie de ejercicios militares y pruebas misilísticas cerca de Taiwán, cuando este territorio se pre-

<sup>34</sup> Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la razón de esta situación parte del no cumplimiento de Corea del Norte de su Acuerdo con la Agencia Internacional de la Energía Atómica para la aplicación de salvaguardias, en conexión con el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, hecho en Viena, el 30 de Enero de 1992, que entró en vigor el 10 de Abril de 1992 (33 ILM 315, 1994).

En el Preámbulo de este Tratado se transcribe textualmente el párrafo 1 del art. 3 del Tratado de No Proliferación Nuclear de Londres de 1968 (7ILM 868, 1968), que establece un sistema de salvaguardias para prevenir la diversión de material nuclear de usos pacíficos a armas nucleares u otro mecanismo nuclear explosivo, para los países que no tienen armas nucleares.

El Consejo de Seguridad a través de la resolución N/825 solicita a Corea del Norte, que honre esas obligaciones (33 ILM 315, 1994).

paraba para celebrar elecciones, en las cuales los partidos de la oposición tenían como plataforma de campaña la independencia de "iure" del continente.

Las acciones de China se realizaron para recordar a los taiwaneses y a los EE.UU que China no toleraría la independencia de "facto" de Taiwán en forma indefinida, y mucho menos toleraría un estado soberano de "iure".

En respuesta, los EE.UU envían una fuerza naval a los Estrechos de Formosa, que separan a Taiwán del continente; y un portaaviones a las aguas de la isla. Esta acción tenía como objetivo recordar a China Continental el interés norteamericano en prevenir una reunificación de Taiwán con el continente por la fuerza.

Ninguna de las dos partes tenía interés de llegar a los hechos. China no intentaba la invasión de Taiwán, primero porque la cantidad de medios que necesitaba y el estado de preparación de las fuerzas de Taiwán para repeler la agresión harían esta acción muy difícil. Además, las consecuencias de esa acción serían retrasar el desarrollo económico de China y atemorizar a los Estados vecinos, especialmente a Japón, iniciando un programa masivo de rearme.

Tampoco EE.UU intentaba seriamente arriesgar sus relaciones con China continental y nunca se entendió que hubiera riesgo de enfrentamiento, ya que las acciones norteamericanas eran para consumo doméstico y para Taiwán, pero nunca hubo riesgo real de conflicto.

### III. Conclusiones

Con respecto a los casos analizados, el uso del poderío militar por los EE.UU falló claramente en una sola ocasión: Somalia. Mientras que, las amenazas de uso de la fuerza militar fueron un claro éxito en tres casos: Macedonia, Corea del Norte y Taiwán.

En los cuatro casos restantes: Panamá, Irak, Bosnia y Haití; el uso del poderío militar finalmente tuvo éxito, pero éste llegó con dificultades considerables y a costa de otros intereses de Estados Unidos; es decir se alcanzó un éxito en relación con los objetivos inmediatos pero no en el plano estratégico o de largo alcance.

En Panamá, Bosnia y Haití, el éxito llega después de largos períodos de fracasos con altos costos políticos para la Administración, tanto en el plano doméstico como internacional. En Irak cada uso individual de la fuerza tuvo éxito, pero la situación estratégica no ha cambiado y es poco satisfactoria desde el punto de vista de los intere-

ses norteamericanos. En Bosnia y Haití los conflictos políticos latentes siguen sin ser resueltos y las crisis pueden retornar.

Con respecto a las condiciones pertinentes a esas acciones, ninguna por sí sola es condición para el éxito y ninguna, salvo que el objetivo cumpla con la demanda que se le solicita, es pre requisito para el éxito.

En cuanto a la dificultad de la demanda y su relación con un resultado positivo; en seis de los siete eventos, cumplir con los objetivos requeridos por los Estados Unidos exigía relativamente poco al objetivo y las acciones que se requerían tendían a ser menos visibles en esos casos; salvo con respecto a las acciones que se requerían de Corea del Norte, y con respecto a los serbio bosnios en relación a la entrada en las negociaciones que concluyeron en los Acuerdos de Dayton.

La posición de EE.UU en seis de los siete usos de la fuerza militar incluyó incentivos positivos, reduciendo la dificultad de cumplimiento de la demanda por parte del objetivo al que se dirigía.

Con respecto a las condiciones pertinentes, a la credibilidad de la amenaza por parte de los EE.UU determinada en su contexto y en su carácter, hay un patrón menos consistente de conducta. Había o existían precedentes para la acción de EE.UU en algunos casos como la operación "Just Cause" (Panamá), la operación "Valiant Warrior" (Irak 1994), I FOR en Bosnia; y también en Haití, Korea del Norte y Taiwán; pero había otros donde no existían precedentes: Irak: operaciones "Desert Storm", "Desert Shield South", "No Fly Zones", "Kurds", "Terror"; Somalia; Bosnia y Macedonia.

El apoyo de terceros estados y la urgencia presentada en el caso tampoco demuestran un patrón claro. Sin embargo, la presencia o ausencia de apoyo de la opinión pública presenta una variante de interés estando presente en tres claros casos de éxito -Corea del Norte, Taiwán y Macedonia- y ausente en un claro fracaso -Somalia-.

En los casos restantes, que tuvieron resultados mixtos, la opinión pública también estaba dividida. La opinión pública favorable de por sí no garantiza el éxito en un caso de uso o amenaza de uso de la fuerza; pero la falta de apoyo en la opinión pública convierte en poco creíbles las amenazas, les da poco grado de credibilidad.

En Somalia y Haití, así como en Bosnia, durante gran parte del conflicto, la evidente falta de apoyo de la opinión pública a las políticas perseguidas por la Administración dio gran ayuda y coraje a aquellos líderes a quienes se dirigían las amenazas para mantenerse en

sus posiciones. Es evidente que la disensión en la opinión pública dificulta el uso de la fuerza militar por parte de los Estados Unidos; y esa ella demuestra que existe una disensión en las "elites" gobernantes o capacitadas para hacerlo<sup>35</sup>.

La potencia de la amenaza con relación al costo, si la demanda no se cumple, es otro elemento de importancia. Amenazas claras y potentes fueron hechas en tres casos exitosos: Macedonia, Corea del Norte y Taiwán; y no fueron hechas en un claro fracaso: Somalia. En los casos de Panamá, Irak y en todo el desarrollo del conflicto en Bosnia, salvo en su etapa final, la falta de voluntad de los Estados Unidos de hacer una demanda que le demostrara al adversario el alto e inaceptable costo de no cumplirla, es la razón del fracaso de la política norteamericana en esos casos.

El problema o desafío que tienen los Estados Unidos es muy claro, es raro que se hagan demandas potentes manteniendo el favor de la opinión pública, ya que las amenazas potentes implican mayores riesgos; y la aversión del público norteamericano al riesgo, especialmente al riesgo de bajas, es bien conocido. El legado de Vietnam es real.

Esto es particularmente cierto en el tipo de conflicto que ha surgido desde el fin de la Guerra Fría; donde se presentan situaciones con pocos precedentes para una intervención norteamericana, donde los intereses de Estados Unidos son más abstractos que tangibles, donde los frentes de batalla no son claros, y ningún contendiente es amistoso, o puede no serlo.

Reconociendo la aversión pública a las muertes en combate o evitando esa oposición en casos particulares; los presidentes norteamericanos han sido reacios en llevar hasta el fin el cumplimiento de los objetivos en muchos conflictos después de la Guerra Fría. Han hecho amenazas pero sin mucha convicción; y cuando han hecho algo no han tenido la potencia requerida para esa situación. Así, han entendido que debían actuar en una situación determinada pero no han

<sup>35</sup>Entre las muchas lecciones que los líderes militares y políticos de Estados Unidos extrajeron de la guerra de Vietnam, una de ellas fue que los militares no podían desplegar sus fuerzas por mucho tiempo y en forma efectiva sin el apoyo de la opinión pública.

*Otra lección fue que el apoyo del pueblo para el despliegue de fuerzas siempre había declinado a medida que las bajas norteamericanas aumentaban.* Harry G. Summers. *On Strategy: A Critical Analysis of the Vietnam War* New York, Dell, 1984.

querido o han percibido que no eran capaces de dirigir al pueblo hacia el potencial sacrificio necesario para cumplir el objetivo.

Entonces, se ha buscado un camino intermedio, actuando, pero sin tomar las medidas más efectivas para desafiar al líder de otro estado que amenazaba sus intereses. Han hecho lo posible para minimizar la extensión y el costo potencial del conflicto, evitando las amenazas más serias y, en consecuencia, la guerra más costosa si las amenazas no eran satisfechas o cumplidas.

La sensibilidad de la opinión pública norteamericana a los costos humanos y económicos de una acción militar es un claro legado de Vietnam, legado que se reforzó con las reacciones de la opinión pública y de la Administración frente a los bombardeos suicidas a los cuarteles de la Infantería de Marina en Beirut y a la muerte de los soldados americanos en Mogadishu. Tanto el Presidente Bush como Clinton han reconocido esta sensibilidad y sus intentos de uso de la fuerza militar no han tenido, en muchos casos, la convicción suficiente.

Este síndrome puede afectar la efectividad de cualquier acción diplomática bajo cualquier circunstancia, pero sus efectos destructores se agrandan y magnifican por el impacto de estos hechos históricos en los líderes extranjeros.

Los síntomas del síndrome se observan cuando los objetivos de la política norteamericana, es decir los líderes extranjeros, ven la sensibilidad de la opinión pública a las bajas en combate, y la ven como un factor positivo al efectuar el balance de los costos y beneficios de tomar diferentes cursos de acción. Al reunir las evidencias, se ve que los líderes serbio-bosnios, los paramilitares haitianos, Saddam Hussein y los "señores de la guerra" de Somalia, todos, calculaban que era posible una retirada norteamericana si se infligían un número relativamente bajo de muertes en combate a las fuerzas estadounidenses.

Esta situación coloca a la Administración de Estados Unidos en un dilema: la opinión pública norteamericana rara vez apoya el uso de la fuerza desde el inicio de una cuestión; y una política de indecisión sumada al primer factor refuerza la posición de los adversarios, haciéndolos más seguros en sus pretensiones.

El legado de Vietnam hace que los líderes se resistan por más tiempo a las demandas de Estados Unidos; requiriéndose, así, mayores dosis de voluntad y acciones más tangibles por parte de las fuerzas armadas, o sea, mayor potencia en la amenaza para tener éxito. Por este legado, se hace más difícil a los presidentes americanos to-

mar ciertas medidas sin amenazar en mucho su capital político. Aparentemente, muchos líderes tienen ciertas nociones preconcebidas sobre una supuesta debilidad de los Estados Unidos en llegar al uso de la fuerza o la falta de voluntad en usarla.

Hasta que llegue el momento en que los Presidentes de Estados Unidos demuestren una mayor capacidad de liderazgo en esta materia, o hasta que la opinión pública estadounidense demuestre una mayor voluntad de entender que deben aceptar el desafío de ejercer el dominio militar a escala global, con los riesgos que ello implica; hasta ese momento, muchos líderes extranjeros verán las amenazas o demandas norteamericanas más como un signo de debilidad que como la expresión del verdadero poder militar de los Estados Unidos y seguirán evitando o retardando el cumplimiento de esas demandas.

Esto sugiere que los líderes de Estados Unidos tienen distintas opciones al considerar los usos potenciales del poder militar en ayuda de la diplomacia:

a. Elegir los conflictos con cuidado, haciendo demandas que no sean vistas por los estados a los que van dirigidas como excesivamente onerosas o difíciles de cumplir; y acompañar las demandas con acciones o incentivos "positivos" para hacer más liviano el cumplimiento.

b. Buscar "desmilitarizar" la política de Estados Unidos; así estrategias similares a las usadas en Corea pueden ser más apropiadas y efectivas que el rápido recurso a la amenaza militar. Las amenazas del uso de la fuerza o el uso limitado de la misma tienen un rol que cumplir; pero sirven también como elementos de refuerzo en políticas dominadas por factores económicos, diplomáticos y políticos; más que como un instrumento primario o único de la política. Así, en Haití, fue la diplomacia con el apoyo de la fuerza, y no la fuerza misma, que logró el alejamiento del General Cedrás del poder.

Asimismo, dada la existencia de controles domésticos, como la War Powers Resolution, no es aconsejable que se enfatice el uso de la fuerza; y utilizar, en cambio, otras políticas que pueden ser más apropiadas para el caso particular.

c. Sin embargo, cuando los instrumentos no militares de la política exterior parecen ser ineficaces pero los Estados Unidos siguen percibiendo que es necesario actuar y el líder de otro Estado entiende que es imposible cumplir con la demanda por considerarla demasiado onerosa; el Presidente debe actuar con decisión; la demanda debe ser

clara y urgente, la demostración de poder militar incontrovertible y la amenaza potente en relación con la alternativa que el adversario tiene. Los objetivos de Estados Unidos en la operación Desert Storm y en las etapas finales de los conflictos de Bosnia y Haití demuestran que la decisión de actuar es un factor fundamental y efectivo.

La acción debe iniciarse con toda la intención de llegar hasta el fin, es decir, que sólo se puede persuadir al oponente de la seriedad de una política si quienes la llevan a cabo son serios.

## **LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOBERANA MILITAR ORDEN DE MALTA**

JUAN MANUEL GRAMAJO\*

### **I. Introducción**

El estudio de la condición jurídica que reviste la Soberana Militar Orden de Malta ante el Derecho Internacional moderno presenta diversos aspectos de particular interés para los estudiosos de dicha disciplina. En efecto, una de las peculiares características que posee la Orden consiste en que la misma es, a la vez, instituto de vida consagrada constituido conforme al Derecho Canónico y sujeto del Derecho de Gentes.

Al respecto, pueden plantearse diversos interrogantes acerca del carácter "soberano" invocado por la Orden, cuando la misma guarda una estrecha relación con la Santa Sede que, en muchos casos, constituye una verdadera subordinación canónica. También cabe preguntarse de qué manera el moderno orden jurídico internacional puede reconocer la existencia de una entidad constituida y conformada de acuerdo a normas del antiguo derecho medieval, que ha perdido su vigencia. Por último, aún en el supuesto de reconocer la personalidad jurídica internacional de la Orden, a veces cuesta entender de qué modo la misma se manifiesta en el Derecho Canónico y en el Derecho Internacional.

\* Profesor de Derecho Internacional Público y de Derecho Diplomático y Consular. UCA. Funcionario de la Embajada de la República ante la Santa Sede y la Soberana Militar Orden de Malta (las opiniones vertidas en este artículo reflejan exclusivamente el pensamiento del autor y no pueden atribuirse al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El propósito de estas breves reflexiones<sup>1</sup> es, precisamente, brindar algunas aproximaciones al origen y características de la Orden de Malta como sujeto del Derecho Internacional y describir cómo en su seno interactúa dicho orden jurídico con el Derecho Canónico. Del mismo modo, apreciaremos cómo se inserta entre ambos el derecho interno de la Orden, denominado *derecho melitense*.

## II. La Orden de Malta como sujeto del Derecho Internacional

La personalidad jurídica de la Soberana Militar Orden de Malta frente al Derecho de Gentes es más antigua que la de la mayoría de los modernos Estados Nacionales. No vamos a hacer referencia en este lugar a los títulos históricos que originaron su fundación en el S. XII, tales como las bulas de constitución de la orden otorgadas al Beato Gerardo por el Papa Pascual II<sup>1</sup>, toda vez que el objeto de estas reflexiones es determinar la condición jurídica de la orden ante el moderno Derecho Internacional.

En primer lugar, debe señalarse que, en el momento en que se celebran los acuerdos de Münster y Osnabrück, conocidos genéricamente como la "*paz de Westfalia*", la Orden gozaba de un pleno reconocimiento de su personalidad jurídica por parte de la comunidad internacional, en cuanto tal. En efecto, la cesión realizada a la orden, en 1530 de las islas de Malta y Gozo, luego de la pérdida de Rodas fue realizada como una investidura feudal. La Orden gozaba de personalidad jurídica en cuanto tal, y no como soberana de las referidas Islas, cuya posesión era, desde el punto de vista jurídico, una mera contingencia.

De lo antedicho, se desprende que la Orden de Malta participó en la formación del moderno Derecho Internacional, al igual que los Estados nacionales más antiguos y estaba plenamente integrada a la Comunidad Internacional de entonces. Los Estados, ya consolidados conforme al esquema posterior a la paz de Westfalia, en ningún momento pretendieron que la Orden modificara su personalidad jurídica internacional, asumiendo a su vez la forma de Estado. Muy por el contrario, su peculiar naturaleza de entidad soberana supranacional, propia de las órdenes militares del medioevo, no fue puesta en discusión.

<sup>1</sup> Conf. FILIPONIO DI CASALTRINITA, HERMES "*La Croce di Malta*". Milano 1962. Pág. 50.

Como prueba de ello, baste ver que, hacia el final del S. XVIII, la Orden mantenía relaciones diplomáticas, a nivel de Embajadores o Ministros Plenipotenciarios con el Sacro Romano Imperio, Francia, España, Portugal, Prusia, Cerdeña, Rusia, la República de Venecia, las Provincias Unidas de los Países Bajos y el Elector de Baviera. Como puede apreciarse, el reconocimiento internacional de la Orden por parte de las principales potencias que entonces conformaban el "concierto de las naciones" era un hecho.

Lo expresado, que ya se había puesto de manifiesto con la pérdida de Rodas en el S. XVI, se puede apreciar con toda claridad en 1798, con la ocupación francesa de Malta y la definitiva pérdida de una base territorial de la Orden. Hompesch, Gran Maestre en el momento de la pérdida de Malta en 1798, fue tratado por Austria como un soberano en el exilio. Dicho carácter le fue reconocido a su sucesor Tommasi por varios Estados. Después de 1798, varias potencias europeas mantuvieron relaciones diplomáticas con la Orden pese a la pérdida de sus territorios.

En el caso de Francia, por ejemplo, la Orden estuvo representada por el Bailío de Ferretta, acreditado como Ministro Plenipotenciario, entre 1803 y 1808, figurando la Legación de la Orden en la Guías Diplomáticas imperiales. Entre 1815 y 1831, Ferretta estuvo nuevamente acreditado ante el Rey Luis XVIII.

En el caso de Austria, la continuidad en las relaciones diplomáticas puede apreciarse con más claridad aún. En efecto, la Legación de la Orden en Viena fue mantenida en forma permanente y sólo se cerró en el período que siguió a la caída de la monarquía de los Habsburgo, entre 1918 y 1921. Lo mismo ocurrió en 1938, al producirse el *Anschluss*, hasta 1957, cuando Austria recobró su plena independencia.

Es importante señalar que la Orden de Malta envió una delegación al Congreso de Viena en 1814. El 1° de agosto de 1815, el Comendador Mirai fue acreditado Ministro Plenipotenciario cerca de los soberanos europeos que participaron en el Congreso, participando dicho enviado en la Conferencia Preliminar.

La Legación de la Orden en Roma se mantuvo permanentemente abierta, excepto durante el período de la ocupación napoleónica, hasta 1834. Ese año, el Gran Magisterio se instaló definitivamente en la Urbe y, por ello, la legación dejó de ser necesaria. Luego de la proclamación del Reino de Italia, el 20 de febrero de 1884, se acordó el establecimiento de relaciones diplomáticas entre Italia y la Orden.

Tales relaciones fueron reafirmadas en acuerdos posteriores, celebrados en 1915 y 1938. Las relaciones con la República Italiana fueron acordadas en 1956.

La sentencia de la Comisión Cardenalicia de 1953, que precisó la relación existente entre la Santa Sede y la Orden, reafirmó la personalidad jurídica internacional de esta última, sin perjuicio de su subordinación a la Sede Apostólica en cuanto orden religiosa<sup>2</sup>.

Todos los antecedentes históricos anteriormente mencionados son indicios claros de que la pérdida de Malta no implicó una *capitis diminutio* de la Orden ante el Derecho de Gentes. No existió un planteo de pérdida del reconocimiento de la personalidad jurídica de la Orden ante la desaparición de su base territorial. A este respecto, resulta significativo el hecho de que la Orden haya estado representada en el Congreso de Viena, que sin duda constituyó uno de los hitos fundamentales del moderno Derecho Internacional. De ello se desprende que la Orden concurre, junto con los Estados europeos que entonces formaban la gran mayoría de la Comunidad Internacional.

Cabe ahora preguntarse acerca de la naturaleza jurídica que tiene la Orden de Malta en cuanto sujeto del Derecho Internacional. Si se leen muchas de las polémicas existentes en torno a la misma, podemos ver diversas posiciones: el primer grupo, que niega la propia personalidad jurídica de la Orden<sup>3</sup> y el segundo, que procura darle a la misma algún fundamento, buscando una analogía con sujetos del moderno Derecho de Gentes, en especial, los organismos internacionales<sup>4</sup>.

A nuestro modo de ver, la cuestión es un poco más compleja. En efecto, la asimilación de la orden a un organismo internacional ten-

<sup>2</sup>Dicha sentencia expresó, entre otras consideraciones, que la personalidad de la Orden *"consiste en el goce de ciertas prerrogativas(...) como sujeto del derecho internacional. Dichas prerrogativas son propias de la Soberanía, de conformidad con el Derecho Internacional, y han sido reconocidas por un número de Estados, siguiendo el ejemplo de la Santa Sede"*.

<sup>3</sup>En este sentido, es relevante la opinión de CONFORTI. Este autor señaló *"Condannabile é la tendenza della giurisprudenza italiana a riconoscere qualità di soggetto del diritto internazionale al Sovrano Militare Ordine di Malta, ordine religioso dipendente dalla Santa Sede (...) L'Ordine di Malta ha come unico suo collegamento con la comunità internazionale il fatto di aver governato un tempo su Rodi e poi, fino alla fine del settecento, su Malta"* (CONFORTI, BENEDETTO. *Diritto Internazionale. Editoriale Scientifica*. Napoli, 1987. Pág. 26-27).

<sup>4</sup>Nuestra propia Corte Suprema de Justicia, en el caso *Radziwill*, si bien reconoció la personalidad jurídica de la Orden, procuró buscar una analogía en los organismos internacionales, y en la facultad de éstos de acreditar representantes y emitir documentos de viaje.

dría sentido si, como ocurre con estos sujetos del Derecho, su personalidad jurídica fuera derivada, y surgiera de algún acuerdo en el que le fuera expresamente otorgada por dos o más Estados.

No obstante, como puede apreciarse, no fue eso lo que ocurrió históricamente. La Orden, al igual que otros entes similares creados en tiempos de las cruzadas, fue constituida y reconocida de conformidad con las normas que regían en el medioevo. La fundamental transformación que sufre la Comunidad Internacional a partir de la Paz de Westfalia no alteró ni modificó la personalidad jurídica de la Orden, que continuó siendo reconocida como ente soberano por los Estados.

De lo expresado, se desprende que el Derecho Internacional moderno admitió la existencia de un sujeto constituido de conformidad con las normas vigentes antes de su formación y le reconoció una personalidad propia, diferente de la de los Estados. Dicha personalidad no dependía necesariamente de una base territorial y, en consecuencia, se mantuvo a pesar de la pérdida de la misma, es decir, de Malta y Gozo. A partir de entonces, con altibajos pero sin claras interrupciones, la Orden de Malta continuó actuando internacionalmente hasta nuestros días.

Es importante señalar a este respecto que se trata siempre *de la misma Orden de Malta*, cuya existencia se prolongó en el tiempo y que mantuvo siempre su identidad. Los sucesivos Grandes Maestres o Lugartenientes han ejercido el derecho de legación activa y pasiva frente a diversos Estados que integran la Comunidad Internacional. Por ello, no es azaroso afirmar que, en el caso de la Orden de Malta, el moderno Derecho Internacional reconoció un sujeto de derecho constituido de acuerdo con el antiguo derecho medieval.

De lo antedicho, cabe concluir que no puede buscarse analogía alguna de la Orden con ninguno de los sujetos del Derecho Internacional moderno, puesto que la naturaleza intrínseca de la Orden es ajena a dicho orden jurídico. Lo que no puede negarse es que la Orden actúa en el orden jurídico internacional desde la génesis de éste y, por ello, no cabe debatir si debe o no debe reconocérsele personalidad jurídica, puesto que siempre gozó de ella.

La Orden de Malta mantiene hoy relaciones diplomáticas con 77 Estados, incluyendo la casi totalidad de América Latina<sup>5</sup>. Asimismo,

<sup>5</sup>Actualmente, el único Estado latinoamericano que no mantiene relaciones diplomáticas con la Orden es México

goza en las Naciones Unidas de *status* de observador<sup>6</sup>. Tiene acreditadas en Ginebra delegaciones ante el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). También tiene acreditadas delegaciones ante la Sede de las Naciones Unidas de Viena, el Consejo de Europa, la Comisión Europea de Bruselas, la UNESCO y la FAO. En el plano jurídico, también ha acreditado delegados en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Las relaciones diplomáticas con la República Argentina datan de 1948 y, en septiembre del año pasado, se han celebrado los 50 años de dicho acontecimiento. Cabe destacar que, a los diplomáticos de la Orden no podría aplicársele la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, por ser la misma aplicable exclusivamente a los Estados. No obstante, estimamos que el pleno reconocimiento del carácter diplomático que tienen los enviados de la orden, así como su total asimilación a las embajadas extranjeras, hacen que las relaciones con la Orden se rijan por las normas consuetudinarias del derecho diplomático que, como es sabido, son prácticamente idénticas a las de la Convención de Viena, que representó una codificación de las mismas.

Estimamos que las peculiares características de la Orden que, como es sabido, tiene correos propios (*poste magistrali*) y emite<sup>7</sup> sellos postales, le permitirían formar parte de organismos técnicos como la Unión Postal Universal (UPU). En efecto, si se analiza la lista de sus miembros, se encontrarán en la misma diversas entidades territoriales autónomas que emiten sellos propios e integran dicho organismo internacional. Más aún podría la Orden que, pese a no ser un Estado, reviste el carácter de entidad soberana, ser miembro de dicho organismo.

### III. Derecho Internacional, Derecho Canónico y Derecho Melitense

Una de las principales objeciones que se han planteado respecto de la Personalidad Jurídica de la Soberana Militar Orden de Malta es

<sup>6</sup> Dicho *status* fue acordado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/265 del 24 de agosto de 1994. En los considerandos de dicha resolución se señaló "***La prolongada dedicación de la Soberana Militar Orden de Malta para proveer asistencia humanitaria y su especial rol en las relaciones humanitarias internacionales***"

<sup>7</sup> Actualmente, la Orden ha celebrado acuerdos postales con cuarenta y seis Estados, incluyendo a la Argentina.

su dependencia canónica en cuanto orden religiosa con la Santa Sede. En nuestra opinión, tal contradicción es sólo aparente, puesto que la Orden de Malta forma parte de dos órdenes jurídicos diferentes: El Derecho Internacional Público y el Derecho Canónico.

En lo que se refiere al Derecho Canónico, la Orden de Malta, como orden religiosa, fue constituida y subsiste con la autorización de la Santa Sede que, además, aprueba sus Estatutos. La Orden cuenta con un grupo de caballeros profesos que revisten, a todos los efectos canónicos, el carácter de religiosos. Los mismos se denominan *Caballeros de Justicia* y agregan a su nombre el título de *Fra* (hermano). El objetivo de la Orden, tal como esta especificado en el Artículo 1° de su Carta Constitucional, es religioso y radica en la santificación de sus miembros a través de la actividad asistencial y el ideal caballeresco. En este sentido, y en lo que se refiere a su carácter de instituto de vida consagrada, la Orden de Malta está regida por el Derecho Canónico, en subordinación y dependencia de la Sede Apostólica.

Sin perjuicio de ello, la personalidad jurídica de la Orden ante el Derecho Internacional es completamente distinta y diferenciada de la de la Santa Sede. Ello no fue reconocido exclusivamente en la ya mencionada Sentencia de la Comisión Cardenalicia de 1953, sino por la práctica ulterior de la propia Santa Sede, que mantiene relaciones diplomáticas con la Orden. Sobre este particular, es oportuno destacar que, si bien la Orden tiene acreditado un embajador cerca del Sumo Pontífice, la Sede Apostólica no tiene acreditado un Nuncio, sino que está representada por un Cardenal Patrono (*Cardinalis Patronus*), como se hacía con los antiguos reinos en el S. XVI. Dicho Cardenal representa al Santo Padre en todos los asuntos que hagan a las relaciones con la Orden y, además, recibe el juramento del nuevo Gran Maestre.

Esta situación dual hace aparecer a dos sujetos de derecho que, en un orden jurídico (el derecho canónico) mantienen relaciones de subordinación, en el otro (el Derecho Internacional), se presentan como entidades diferenciadas. Sin perjuicio de ello, la personalidad jurídica internacional de la Orden es un medio para alcanzar su fin espiritual y es, en el fondo, instrumental a su naturaleza religiosa. Por otra parte, la propia existencia de la Orden se debe a un acto de la Sede Apostólica. En este caso, la personalidad jurídica de derecho canónico es la condición indispensable para el posterior reconocimiento de su personalidad jurídica internacional. De algún modo podemos afirmar que la personalidad jurídica internacional está subordinada a la personalidad jurídica canónica.

Tenemos, pues, dos órdenes jurídicos que, a través de la Orden de Malta, entran en estrecho contacto e interrelación. En adición a ellos, y en virtud de las facultades que ambos ordenamientos le han otorgado a la Orden, un tercer sistema normativo: El Derecho Melitense, que viene a constituir el "derecho interno" de la Orden. Dicho ordenamiento está conformado por dos normas fundamentales: La Carta Constitucional y el Código de la Orden. En dichos instrumentos, se regulan todas las normas atinentes tanto al Gobierno de la Orden como a su régimen de vida consagrada en tanto orden religiosa.

Cabe destacar que las reformas aprobadas en 1997 a la Carta Constitucional de la Orden han acentuado su autonomía funcional. En efecto, la modificación al título III, Artículo 13 (3) de dicha norma, que establecía el requisito de la obligatoria confirmación pontificia tanto de las enmiendas a la Carta, como a la elección del Gran Maestro o el Lugarteniente, han sido eliminadas. En el caso de las enmiendas, la confirmación pontificia se mantiene sólo para las normas relativos a los requisitos y deberes de los caballeros profesos.

El Artículo 15 de la Carta Constitucional, por su parte, establece con precisión los poderes del Gran Maestro, determinando con toda precisión sus prerrogativas civiles, asimilables a las de un Jefe de Estado<sup>8</sup>, así como las que goza en cuanto superior de un instituto de vida consagrada. Por otra parte, le atribuye competencias específicas para comunicar y hacer cumplir las disposiciones de la Sede Apostólica relativas a la Orden.

Es interesante señalar que, a comienzos de este año, el Gran Magisterio de la Orden emprendió una reforma a la estructura de su Cancillería, a fin de adecuarla más acabadamente a las modernas

<sup>8</sup>*“Articolo 15. Poteri del Gran Maestro. 1) In conformità con la presente Carta Costituzionale e con il Codice, il Gran Maestro, assistito dal Sovrano Consiglio provvede all'esercizio della suprema sua autorità, alla rappresentanza attiva e passiva, al conferimento delle cariche e degli uffici e al governo generale dell'Ordine. 2) Spetta in particolare al Gran Maestro, sempre a norma del Codice: a) promulgare le disposizioni del governo supremo dell'Ordine; b) ammettere nell'Ordine, con il voto deliberativo del Sovrano Consiglio, I membri delle tre classi; c) ricevere "motu proprio" nella terza classe dell'Ordine; d) amministrare con l'assistenza del Sovrano Consiglio, I beni del Gran Magistero e Comun Tesoro e vigilare su tutti i beni dell'Ordine; e) portare a conoscenza dell'Ordine, e ad esecuzione quando occorra, i documenti della Santa Sede che riguardano l'Ordine stesso e informare alla medesima Santa Sede sullo stato e le necessità dell'Ordine; f) ratificare gli accordi internazionali”*

relaciones con los Estados. Así, en lugar de las antiguas Secretarías de Asuntos Interiores y Exteriores, se creó la Secretaría para las Relaciones Internacionales, asimilable a los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados.

#### **IV. Observaciones Finales**

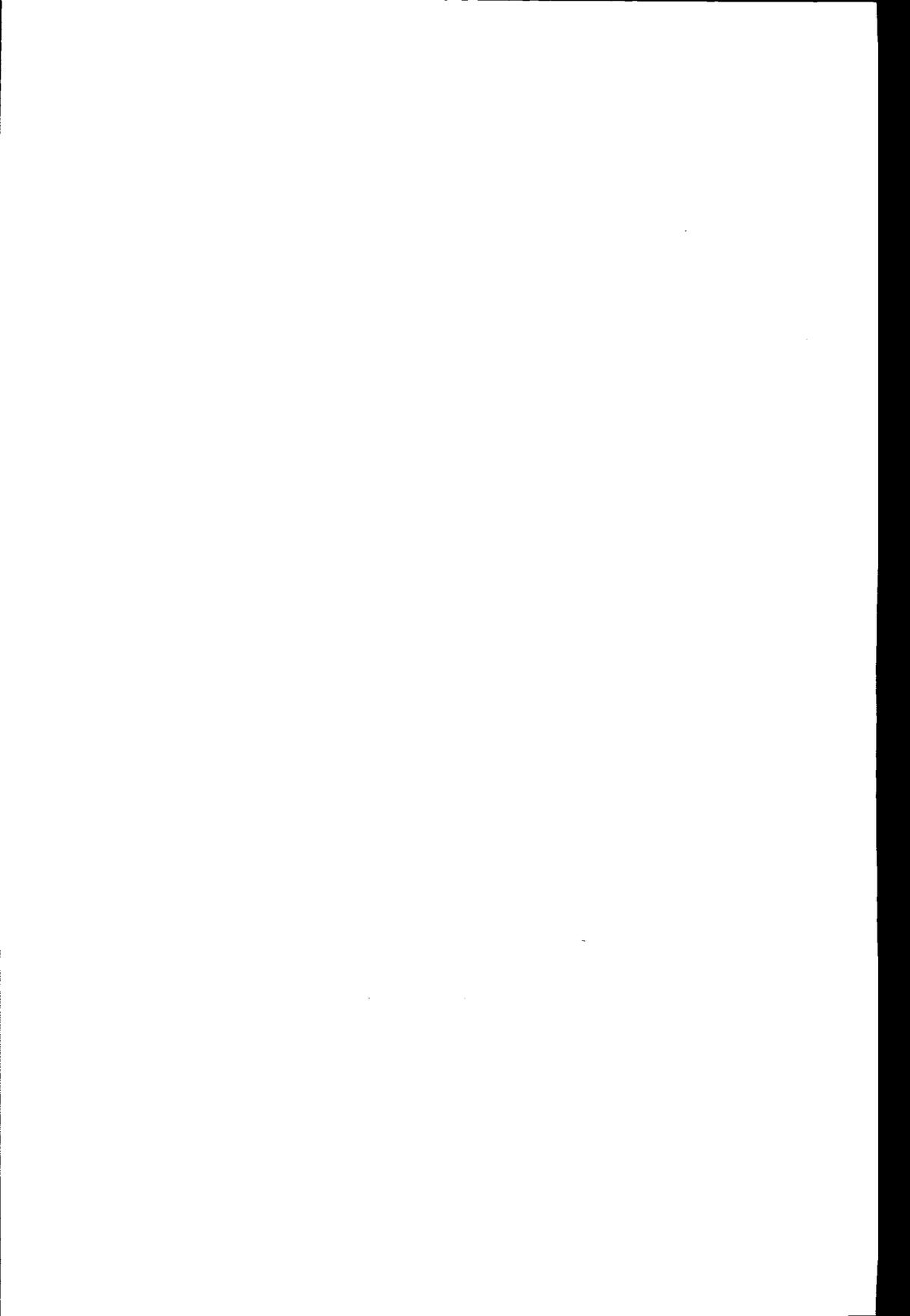
Como puede apreciarse, existen pocos fundamentos para dudar de la personalidad jurídica internacional de la Soberana Militar Orden de Malta. Un importante número de Estados, así como numerosos organismos internacionales entre los que se encuentra, en primer lugar, las Naciones Unidas, reconocen dicha personalidad jurídica y mantienen relaciones con la Orden.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de la Orden por el moderno Derecho de Gentes brinda una idea cabal de la flexibilidad y adaptabilidad de sus disposiciones. En efecto, la subsistencia de la Orden como sujeto del Derecho Internacional permite colegir que el moderno Derecho de Gentes reconoció a un sujeto constituido de conformidad con las normas que habían perdido su vigencia.

Al respecto, es significativo que no se le haya exigido adecuar su personalidad a las nuevas exigencias del orden jurídico, inclusive cuando gozó de base territorial en Malta y Gozo. Tanto es así que los Estados no reconocían a un determinado Estado, sino a la Orden, cuya posesión de dichas islas siempre se consideró como meramente accesoría. La continuidad de las relaciones diplomáticas con la Orden luego de la pérdida de Malta son una prueba irrefutable de ello.

La subordinación canónica de la Orden a la Santa Sede, en tanto instituto de vida consagrada no es óbice para el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional distinta y claramente diferenciada. Ello, sin perjuicio de que la finalidad de la Orden, esencialmente religiosa, hace que su condición jurídica ante el Derecho Internacional sea meramente instrumental a su finalidad religiosa. Del mismo modo, puede afirmarse que su personalidad canónica es condición necesaria para su personalidad jurídica internacional.

Por consiguiente, cabe desear que la Comunidad Internacional y cada uno de los Estados en particular pueda brindar en forma crecientemente las condiciones y los instrumentos jurídicos necesarios para que la Soberana Orden de Malta pueda seguir realizando la obra asistencial que le ha dado su actual prestigio internacional, y que ha motivado su renovado reconocimiento por parte de tantas Naciones, incluida la República Argentina.



## DERECHO PENAL INTERNACIONAL

FERNANDO ROLANDELLI\*

### Introducción

Al hablar de Derecho Penal Internacional, el instituto que más rápidamente viene a nuestra mente es el de la extradición. Sin embargo, existen cuatro temas fundamentales dentro del Derecho Penal Internacional, a saber: el ámbito territorial de la ley penal, los institutos de asilo y refugio internacionales, la extradición y la ejecución de sentencias penales extranjeras (hoy más comúnmente llamada eficacia extraterritorial de las sentencias penales).

### Ambito Territorial de la Ley Penal

Como señala GOLDSCHMIDT<sup>1</sup>, en el derecho penal rige el principio de que ningún Estado aplicará en su territorio las leyes penales de otro<sup>2</sup>. De aquí surge la llamada territorialidad del derecho penal. Esta no se refiere al ámbito espacial pasivo, sino al ámbito espacial activo, es decir, responde a la pregunta de qué derecho será aplicado por los tribunales nacionales. Como consecuencia del principio antes mencionado, cada tribunal aplicará siempre su Derecho nacional; no existe la extraterritorialidad tal como la entendemos en el Derecho Internacional Privado (la posibilidad de un tribunal nacional de aplicar derecho extranjero, y del Derecho nacional de ser aplicado por un

\* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado. UCA.

<sup>1</sup> WERNER GOLDSCHMIDT, *"Derecho Internacional Privado"*, Ediciones Depalma, 1974, pg. 478

<sup>2</sup> Como lo estatúa expresamente el Código Bustamante de 1928 (cfme. GOLDSCHMIDT, op. cit.)

tribunal extranjero). Sin embargo, sería exacto llamar "extraterritorial" a la aplicación del Derecho Penal Argentino en determinados casos<sup>3</sup>.

De esta manera, la aplicación del Derecho Penal Argentino a un caso determinado puede responder a dos modalidades: per se y derivada. La primera se da en virtud del ámbito espacial pasivo de ese derecho, que es la relación entre el derecho y el caso (es decir, cuando el caso ocurre dentro del ámbito territorial de aplicación definido por el Código Penal). La segunda, toda vez que por alguna circunstancia resulta competente la Justicia Penal argentina, pues ésta aplicará el Derecho Penal Argentino, y no otro.

### **Aplicación per se**

El ámbito territorial de aplicación del Derecho penal argentino se encuentra definido en el art. 1º, inc. 1º del Código Penal. Se aplicará el Derecho Penal Argentino a aquellos delitos cometidos dentro del territorio argentino. En doctrina se llama este principio "territorial". Sin embargo, coexisten en el derecho argentino otros principios, como veremos más adelante.

Las cuestiones que surgen de esta aparentemente simple regla son dos: primero, ¿dónde se comete un delito?, y, segundo, ¿cuál es la extensión del territorio argentino?

Respecto de la primera cuestión, existen dos circunstancias que permiten detectar dónde un delito se comete. Estas son: donde se comete la acción típica, o donde se produce el resultado típico<sup>4</sup>. Ambas circunstancias pueden producirse en el mismo país o no, dando lugar a que un mismo delito pueda considerarse perpetrado en dos o más países (el llamado delito a distancia)<sup>5</sup>.

Algunos delitos se prestan a la confusión. En el delito formal, que queda perpetrado por la sola conducta punible, sin que deba producirse un resultado, puede haber una conducta seguida parte en la Argentina, parte en el extranjero. Sería el caso del falso testimonio cometido por un testigo en un proceso que se lleva a cabo ante jurisdicción argentina, si el mismo se produce en el extranjero mediante exhorto. Si el delito es material o de resultado, puede llevarse a cabo

<sup>3</sup> Ver GOLDSCHMIDT, op. cit.

<sup>4</sup> Ver el trabajo de GOLDSCHMIDT "*Principio Territorial y Principio Real en el Derecho Internacional Penal*", El Derecho 5042, 26 de agosto de 1980.-

<sup>5</sup> Da pie a esta interpretación el propio texto del art. 1º inciso 1º del CPN.

la acción típica en un país (o varios), y el resultado típico producirse en otro (o varios otros). El caso clásico sería el de falsificación de moneda, donde la acción típica (la impresión de moneda falsa) se produce en un país diferente a aquél del cuño monetario (hay que destacar que no es necesario que dicha moneda falsa sea puesta en circulación en el país del cuño monetario. En efecto, siendo el bien jurídico protegido por esta tipificación el orden económico del país, la lesión al mismo se produce incluso si ningún billete llega jamás a su territorio). En los llamados delitos continuos, en los que la acción típica se realiza durante cierto lapso de tiempo sin solución de continuidad, puede producirse la circunstancia de que se realice en los territorios de varios países. Ejemplo típico es el de secuestro de aeronave. La acción típica se produce en el territorio (espacio aéreo) de cada uno de los países sobrevolados, por lo que resultará aplicable el derecho de cada uno de ellos (esta situación se resuelve de otra manera, que veremos luego, y que dio origen al mal llamado principio de la ley del lugar del primer aterrizaje)<sup>6</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión, la determinación del territorio nacional corresponde a reglas pertenecientes al Derecho Internacional Público. Comprende el territorio nacional propiamente dicho, el mar territorial<sup>7</sup> y el espacio aéreo sobre ellos. También rige el derecho nacional en hipotéticos territorios extranjeros ocupados militarmente (aunque cabría una interesante discusión acerca de si lo es de modo propio o derivado de la jurisdicción). Resta analizar el caso de buques y aeronaves. Los buques y aeronaves militares son parte del territorio nacional donde quiera que estén (lo que da origen al principio de la ley del pabellón). En cuanto a los buques mercantes y aeronaves comerciales, en alta mar se aplica la ley del pabellón. En mar territorial se aplica la ley que rigen en el mar territorial (aunque ca-

<sup>6</sup> Tanto los Convenios de Tokio de 1963 sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, como el de represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de La Haya de 1970 (ratificado por ley 19.793) y el de represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 1971 (ley 20.411) disponen que la jurisdicción penal se ejercerá conforme las leyes nacionales.

<sup>7</sup> La determinación exacta del mismo está sujeta a controversias. Según la "Convención sobre el mar territorial y la zona contigua", de Ginebra, 1958 (firmada y no ratificada, pero vigente internacionalmente), se determina la llamada "zona contigua" (que se mide a partir de las líneas de base usadas en la determinación del mar territorial y que, en consecuencia, lo comprende) en doce millas. Según la "Convención sobre el derecho del mar", Montego Bay, 1982, se fija en doce millas específicamente.

bría hacer una distinción entre la teoría inglesa, que la aplica siempre, y la teoría francesa, que pone como requisito que se produzca una de las siguientes circunstancias: a) que el delito sea cometido por una persona ajena al pasaje, o contra una persona ajena al pasaje; y b) que se haya solicitado ayuda a las autoridades portuarias, o que el presunto delincuente haya sido capturado en el puerto). Un caso aún más pintoresco es el de las embajadas. En efecto, se encuentra muy arraigada la creencia de que en ellas rige la ley de su bandera (algo así como una "extraterritorialidad real"). Esto no es exacto: las embajadas forman parte del territorio del país donde se encuentran<sup>8</sup> y en ellas rige la ley penal de ese país. Esto no es óbice a que existan inmunidades de jurisdicción sobre los edificios de las embajadas y las personas de los embajadores y otro personal diplomático<sup>9</sup>.

El segundo principio de aplicación en la determinación del ámbito territorial del Derecho Penal Argentino es el llamado principio real o de defensa<sup>10</sup>. Se encuentra presente en el inciso 2º del art. 1º del Código Penal. La base para no incurrir en una confusión entre ambos principios es la distinción entre los efectos típicos del delito y aquellos que no lo son (es decir, aquellos que, si bien consecuencias antijurídicas del accionar doloso, no vulneran el bien jurídico protegido específicamente por el tipo penal). La falla en esta distinción hace que consideremos delitos a distancia a algunos que no lo son<sup>11</sup>, y que deben ser considerados dentro del principio real. Por otro lado, parte de la doctrina considera que el principio real es el principal, siendo los de territorialidad y de la universalidad aplicaciones. En el caso del CPN, se declara aplicable el Derecho penal argentino (y, por consiguiente, competente la justicia penal argentina) a los "delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argen-

<sup>8</sup> La potestad territorial del país donde la embajada se encuentra se comprueba en la facultad de imposición tributaria y de expropiación. Ciertamente que expropiar el terreno perteneciente a una embajada es un acto poco amable y además incómodo, pues implica el compromiso de proveerle por un lado una ubicación de igual jerarquía, y por otro un edificio de iguales características al expropiado, siendo que los edificios asiento de embajadas son particularmente lujosos y a menudo irremplazables, si no decididamente históricos.

<sup>9</sup> Existe, sobre el particular, una buena cantidad de convenciones. Podemos citar: Viena sobre relaciones diplomáticas (1961, ratificada el 26/I/68), Viena sobre relaciones consulares (1963, ratificada el 7/III/67), Convención de Naciones Unidas sobre las misiones especiales (1969, ratificada el 13/X/72).

<sup>10</sup> Ver el trabajo de GOLDSCHMIDT, "El principio..."

<sup>11</sup> Ver C. CABRAL "El ámbito de aplicación espacial de la ley penal y los llamados 'efectos' del delito" LL, 46-891, citado por GOLDSCHMIDT, "El principio..."

tinias en desempeño de su cargo”, en virtud del principio real. Para comprender bien esto, es necesario tener en cuenta que no se está hablando aquí de algo parecido al “mal desempeño de su cargo” genérico, como los delitos del Título IX, Capítulo IV. Estos son “delitos contra la Administración Pública”, y su resultado típico se produce en la Argentina, por más que la acción típica se realice en el extranjero, cayendo consiguientemente dentro del principio territorial. Para que a un delito se aplique Derecho penal argentino en virtud del principio real, es necesario que tanto la acción típica como el resultado típico se hayan producido en el extranjero; normalmente, no se aplicaría el Derecho penal argentino ni resultarían competentes nuestros tribunales, sino los extranjeros, pero, en este caso, existe un interés nacional (el “comportamiento” de los funcionarios públicos en el extranjero) que hace recomendable la aplicación del derecho argentino por tribunales argentinos. Obviamente, si el presunto delincuente fuera atrapado en el lugar donde hubiera cometido el delito, esos tribunales se considerarían competentes y denegarían un pedido de extradición formulado por autoridades argentinas. Dado que realmente estaríamos aplicando Derecho penal argentino a un delito cometido en el extranjero, es que podríamos hablar de “extraterritorialidad” del mismo.

Puede discutirse si cualquier delito que produzca resultados no típicos en la Argentina queda sometido al derecho penal argentino en virtud de este art 1º, inc. 2º, o sólo el caso de los “agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo”. Es nuestra opinión que debe restringirse al caso descrito en la norma.

### **Aplicación derivada**

Dijimos que entre el ámbito espacial pasivo (dónde ocurre el delito para que se le aplique Derecho penal argentino) y el activo (quién aplica el Derecho penal argentino) existe una relación de interdependencia necesaria: los tribunales argentinos, y en principio sólo ellos, aplican el Derecho penal argentino. Por tanto, toda vez que un tribunal penal argentino resulte competente, se aplicará el Derecho penal argentino.

El primer caso lo encontramos en el art. 1º, inc. 1º, segunda parte del CPN. En los “lugares sometidos a su jurisdicción” resultan competentes tribunales argentinos que aplican derecho argentino. Es el caso de hipotéticos territorios sometidos a ocupación por fuerzas argentinas, ya sea bélica o “de paz”.

El segundo caso de aplicación derivada podemos verlo en los casos de extradición denegada. El art. 12 de la ley 24.767 contempla esta situación. Se trata de un caso en que la extradición es procedente, es decir, no comprendida en los supuestos de los artículos 8° a 11 de la misma, donde se norma cuándo la extradición no procede debido a la naturaleza de los hechos que se imputan, o por razones procesales, o de orden público internacional argentino, o de intereses nacionales especiales. Si el pedido de extradición sortea todos estos obstáculos, el requerido, si es ciudadano argentino en los términos del art. 12, puede "optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, a no ser que fuere aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales". Obviamente, estos tribunales aplicarán Derecho penal argentino<sup>12</sup>. Vemos que, en este caso, se produce la aplicación "extraterritorial" del Derecho penal argentino, en virtud de ser competentes sus tribunales.

El tercer caso de aplicación derivada es el de los delitos internacionales. Aquí encontramos el tercer principio de nuestra legislación que es el principio cosmopolita. Comprende aquellos delitos que afecta a la comunidad internacional (contrabando, tráfico de estupefacientes, trata de blancas, piratería, genocidio); algunos son hoy conocidos como "delitos de lesa humanidad" o "delitos contra el derecho de gentes". Este principio sostiene que cualquier país que aprehende al delincuente de uno de estos delitos tiene competencia para juzgarlo; por supuesto que según sus propias leyes penales, sin atender al principio de territorialidad. Según ciertas opiniones, la vigencia normativa de este principio surge de la propia Constitución Nacional<sup>13</sup>.

### Asilo y Refugio<sup>14</sup>

Estas dos instituciones suelen confundirse, considerándose idénticas. A esta confusión ayuda alguna imprecisión en los textos legales<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Como, redundantemente aclara el tercer párrafo del artículo.

<sup>13</sup> Ver el interesante trabajo de BIDART CAMPOS "El principio de la competencia territorial no rige para juzgar delitos contra el Derecho de gentes: el art. 102 constitucional".

<sup>14</sup> Seguimos, en este tema, el trabajo de ROBERTO QUINTERO MARINO, "Diferencias Jurídicas entre el Refugio y el Asilo en Argentina", ED, 120, 831.

<sup>15</sup> Como una de las recomendaciones de la conferencia internacional que puso a consideración de todos los Estados la Convención de 1951, al solicitarles "...un verdadero espíritu de solidaridad internacional, para que los refugiados puedan encontrar asilo y posibilidad de reestablecimiento"

## ***El Asilo. Marco Jurídico.***

El asilo es una institución típica del Derecho Internacional Público americano. La primera convención que lo contempla es el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889. Este es la única convención que trata específicamente el tema que haya sido ratificada por la Argentina<sup>16</sup>. Con posterioridad, votó afirmativamente (ningún Estado votó en contra) la resolución 217 del 10 de diciembre de 1948 de la Asamblea de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Si bien en sí misma tiene carácter puramente recomendativo, según la Convención sobre Derecho de los Tratados de Viena, 1969, que establece la existencia del *ius cogens*, o normas imperativas del Derecho Internacional, tendría este carácter y, por lo tanto, sería obligatoria. En esta Declaración se consagra el derecho de las personas en caso de persecución, de buscar asilo y de beneficiarse de éste en otros países. No se tendrá asilo cuando se le persiga por un delito de carácter común o por actuar en hechos contrarios a los principios y objetivos de Naciones Unidas (art. 14). En el ámbito americano existen la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (IX Conferencia Internacional Americana, OEA, Bogotá, abril de 1948), recomendación votada afirmativamente por la Argentina y obligatoria en virtud del *ius cogens*; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", más conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"<sup>17</sup>.

### *Características*

Existen dos tipos de asilo: el territorial y el diplomático. El primero se produce en el territorio de un país; el segundo, en una legación diplomática. El Tratado de Montevideo exige que el solicitante sea perseguido por delitos políticos (art. 16), por delitos que ataquen la seguridad interna o externa del Estado o por la comisión de delitos comunes conexos (art. 23). El Estado requerido califica el delito, con arreglo a la ley más favorable entre la propia y la del Estado donde se llevó a cabo. Se requiere que haya existido una exteriorización política por parte del solicitante que haya motivado la acusación penal. No tiene importancia si realmente ha sido el ejecutor del delito que se le imputa. Quedan excluidos los desertores, que serán entregados sin que sea necesario un proceso de extradición.

<sup>16</sup> Ley 3192 de 1894.

<sup>17</sup> Ratificada por la Argentina, ley 23.054.

Si bien en Montevideo no se declara el asilo un derecho, sí se hace lo propio en ambas Declaraciones. Sin embargo, la Resolución 2312 de la ONU de 1967, "Declaración sobre asilo territorial", estableció que el Estado concede el asilo en ejercicio de su soberanía. Por consiguiente, no sólo califica las causas que originan la petición, sino que no está obligado a otorgarlo. El Pacto de San José de Costa Rica, apenas posterior (1969) vuelve a declarar la solicitud de asilo un derecho del perseguido.

El asilo territorial finaliza siempre con la extradición; ésta no procederá en caso de los delitos políticos (Montevideo, art.23; ley 24.767, art. 8º, incs. a y d). El asilo diplomático finaliza con la entrega de aquellos que resulten reos de delitos comunes (Montevideo, art. 17).

### ***El Refugio. Marco Jurídico.***

Esta institución se encuentra mucho más desarrollada y formalizada que la del asilo. En 1921, la Sociedad de las Naciones creó el Alto Comisionado para los refugiados rusos y al año siguiente adoptó las primeras normas a su respecto. A continuación, se dictaron otras que tuvieron como destinatarios precisos a personas europeas o del Cercano Oriente.

Argentina recién participó en un pronunciamiento internacional sobre el refugio cuando la Asamblea General de la ONU resolvió crear el Alto Comisionado para los Refugiados, ACNUR, por Resolución 319 de 1949, votando afirmativamente, como así también su Estatuto (resolución 428 de 1950). Posteriormente, no concurrió pero adhirió en 1961 (ley 15.869) a la "Convención sobre el Estatuto de los Refugiados", (Ginebra, 1951), adhiriendo sin embargo el mismo año de promulgado al Protocolo relativo al Estatuto de Refugiados, 1967 (ley 17.468). En el ámbito americano, aceptó la resolución XXI de la OEA de 1965 sobre "Asilo a los refugiados políticos cubanos".

### ***El Refugio. Caracteres.***

La convención de 1951 considera refugiado a la persona que:

- a) Haya sido declarada como tal por organismos internacionales.
- b) Por "...fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad o hallándose, a

consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él" (textual del art. 1º, Convención de 1951).

La Argentina ha tratado frecuentemente, por medio de normas internas, de limitar el instituto del asilo, reconociendo sólo algunas de las cinco causales básicas. Se destaca el decreto 4418 de 1965, que limita al solicitante a estar reconocido por el ACNUR, o a verse forzado a emigrar por razones religiosas, políticas o morales. En 1979, por decreto 2973, se autorizó al Ministerio del Interior para fijar los criterios y los requisitos que deberían tener los refugiados del sudeste asiático. La resolución 1672 de 1985 de la Dirección Nacional de Migraciones reconoce sólo las razones políticas, raciales y religiosas. Todas estas normas son jerárquicamente inferiores a las convenciones antes citadas y violatorias de las mismas. La ley 23.160 creó el CEPARE, organismo integrado por tres representantes del Ministerio del Interior y uno de Relaciones Exteriores, cuya función es estudiar los problemas que plantea este instituto y recomendar la política a seguir.

El refugio sólo cesa, según la convención de 1951, por expulsión en caso de razones de seguridad nacional o de orden público. La misma se produce previo agotamiento de los procedimientos legales existentes en el país, teniendo el refugiado derecho a defensa y apelación. En la Argentina habría que seguir el procedimiento de la ley 22.439 de expulsión de extranjeros.

## **El Derecho de extradición**

Tradicionalmente, se distingue entre extradición activa (cuando un país requiere la extradición de una persona), de la pasiva (cuando a un país es requerido de extradición); Derecho material (el derecho de un país a pedir de otro la extradición de una persona) y Derecho procesal de extradición (las reglas procedimentales); la extradición de acusados y la de condenados<sup>18</sup>.

Esta materia se regula normalmente por medio de tratados. La gran mayoría son bilaterales, pero también existen algunos multilaterales. De estos últimos, nuestro país está ligado por el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889 y por la Convención de Monte-

<sup>18</sup> Ver GOLDSCHMIDT, op. cit. pg. 492.

video de 1933<sup>19</sup>. Esta, sin embargo, se declara subsidiaria, no derogando cualquier tratado bilateral o multilateral vigente.

Las normas de ambos Tratados son similares, y pueden tomarse a modo de ejemplo de regulación de la materia. En la extradición de acusados, el país requirente debe tener jurisdicción. Montevideo de 1889 establece reglas de jurisdicción (arts. 1 a 4, conteniendo el principio de territorialidad), no así el de 1933. El delito debe estar sujeto a pena privativa de la libertad no inferior a dos años en la ley del Estado requirente (o la semisuma de los extremos si se establece un marco de pena mínima y máxima). No dan lugar a extradición los delitos dudosos (duelo, adulterio, injurias y calumnias, contra cultos), aunque sí los conexos a ellos. Se respetan los asilos diplomático y territorial. El Estado requerido califica el delito con miras a su extraditabilidad. No se extradita por un delito existente sólo en la legislación del Estado requirente. Montevideo de 1889 no tiene en cuenta para nada la nacionalidad del causante, no así 1933, que establece que cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, éste podrá no entregarlo conforme sus propias leyes, quedando obligado a juzgarlo. Por último, tampoco lo extraditará si la acción penal o la pena están prescriptas según las leyes de cualquiera de ambos Estados; si ha cumplido condena o ha sido amnistiado o indultado en el país requerido, si está siendo juzgado por ese mismo delito; si los tribunales ante los que hubiere de comparecer en el Estado requirente fueren de excepción, menos los del fuero militar; cuando el delito que se le impute fuera político, excepto el atentado contra la persona del jefe de Estado o sus familiares; cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión.

En cuanto al derecho procesal de extradición, el Tratado de 1889, en su Título IV establece los requisitos formales que han de cumplir los pedidos de extradición. El pedido se formula de gobierno a gobierno directamente o a través de agentes diplomáticos o consulares; se acompañan copias de leyes penales aplicables y de la sentencia, en caso de condenados. Se abre un proceso ante juez competente, pudiendo el reo oponerse a la extradición alegando defectos en el pedido, improcedencia de la extradición o error en la persona, pudiéndose apelar la resolución. También se regula el procedimiento de entrega.

<sup>19</sup> Ratificada por el decreto-ley 1638 del 31/1/56. Rige con Chile, Colombia, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Estados Unidos, Honduras, México, Nicaragua y Panamá.

Hay que destacar que la existencia de procedimientos de extradición reglados por tratados se concibe actualmente como una muestra de colaboración entre los Estados tanto como una garantía para los particulares. En efecto, según esta interpretación la existencia de estos tratados define las formas de estos pedidos, excluyendo toda posibilidad para los Estados signatarios de solicitar la entrega del delincuente por otras vías. La procedencia de la extradición queda entonces supeditada al cumplimiento de los requisitos y formalidades de los tratados, sin que los Estados puedan suplirlas por otras, por ejemplo alegando el principio de reciprocidad<sup>20</sup>.

En ausencia de tratados, rige la ley 24.767 de "Cooperación internacional en materia penal", que declara derogar la ley 1612 de 1885<sup>21</sup>. En ella se establecen las siguientes pautas para la procedencia de la extradición:

a) El hecho debe constituir un delito tanto en la ley argentina como en la del Estado requirente, merecedora de pena privativa de la libertad cuya semisuma de máximo y mínimo sea de al menos un año en caso de procesados y de un año de condena en caso de condenados (art. 6°).

b) No procede la extradición cuando el delito fuera político, o exclusivamente militar, o el proceso fuera llevado por una comisión especial, o evidencia propósitos persecutorios, o se sospeche que el imputado sea pasible de tratos inhumanos o penas crueles o de muerte (art. 8°).

c) No se considerarán políticos los crímenes de guerra o contra la humanidad, o los atentados contra un jefe de estado o su familia, o personal diplomático, o contra la seguridad de la navegación o aeronavegación, el terrorismo<sup>22</sup> (art. 9°), o cuando existiera una obligación contractual explícita de extraditar (art. 10).

<sup>20</sup> Esta interpretación como garantía de los particulares quedó explicitada en el caso "Liendo Arriaga", tanto en la opinión del fiscal como en el voto mayoritario, negándose facultad al tribunal a suplir los defectos formales o aplicar el principio "iura novit curia". LL - Suplemento de Derecho Constitucional, 7/10/96, con interesante comentario del Dr. Raúl A. Ramayo. Además, sobre la función política asumida por la Corte en los casos de extradición, ver "*La función política de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de extradición pasiva*", comentario de ALICIA M. PERUGINI Y RAÚL A. RAMAYO, ED, 131-600.

<sup>21</sup> En realidad, lo interesante de esto es haber considerado vigente la ley 1612 hasta la sanción de la 24.767. Sobre este tema, ver la exposición de Goldschmidt, op. cit., pg. 498.

<sup>22</sup> Ver, al respecto, nuestro trabajo "*Nuevo Panorama en el Derecho de Extradición*", ED 9243.

Aún "procedente", la extradición "no será concedida" en los siguientes casos:

a) Si la acción penal estuviera extinguida según la ley del Estado requirente (art. 11, inc. a).

b) Si hubiere estado de cosa juzgada en nuestro país (inc. b).

c) Cuando la persona reclamada hubiera sido considerada inimputable en nuestro país (inc. c).

d) Cuando la condena se hubiera dictado en rebeldía<sup>23</sup> (inc. d).

e) Si el Estado requirente no diera garantías de que computará el tiempo de prisión preventiva (inc. e).

f) Si el requerido fuese nacional argentino, y hubiera optado por ser juzgado por tribunales argentinos. No debe existir un Tratado que obligue a extraditar a los nacionales<sup>24</sup>. De esta manera se constituye a favor de los nacionales una auténtica prórroga de la jurisdicción penal<sup>25</sup>.

A continuación, la ley pasa a detallar los requisitos formales y procesales, dividiendo el proceso en trámite administrativo, con dictamen del Ministerio de RREE, y judicial, para pasar luego a los por menores del procedimiento de entrega<sup>26</sup>.

## **Reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras**

Consecuencia de la estancueidad clásica del Derecho penal es el principio general de que las sentencias penales extranjeras no se reconocen ni ejecutan.

<sup>23</sup> Ver, el trabajo de RAÚL A. RAMAYO, "*La extradición y el condenado in absentia*", ED, 173-589.

<sup>24</sup> La ciudadanía debe ser anterior a la comisión del hecho, lo cual salda una vieja cuenta existente del juego de las leyes 1612 y el Código de Procedimientos. En estos casos, la Argentina se compromete a juzgar al nacional conforme la ley argentina, tal como vimos. Otra vieja discusión cerrada es aquella acerca de la titularidad de la opción, que la ley 1612 ponía en cabeza de la Nación con prescindencia del criterio del interesado, al que el Código permitía optar.

<sup>25</sup> Ver el trabajo "*La extradición, el nacional y la prórroga de la jurisdicción penal*", en "*Derecho Internacional Privado*", de RAÚL A. RAMAYO, Editorial EDUCA, Buenos Aires, 1998.

<sup>26</sup> Hay que hacer notar que la ley también prevé el auxilio procesal internacional, que deberá prestarse aún si en el país los hechos imputados no constituyen delito (art. 68).

Sin embargo, este principio general está recibiendo los embates de las nuevas concepciones sobre la internacionalización del delito, cuya represión exige la colaboración interjurisdiccional. Ya se acepta una forma de "reconocimiento" de los decisorios extranjeros en materia de reincidencia, interdicciones, cosa juzgada<sup>27</sup>. El principio de *non bis in idem* tiene también un extraño juego, pues si una persona hubiera sido juzgada en el extranjero por un delito en el cual nuestros tribunales tuvieran jurisdicción internacional, en caso de ser aprehendida por nuestras autoridades válidamente se le sometería a un nuevo juicio, sin importar el resultado del anterior. En un caso extremo, si la condena anterior hubiera sido total o parcialmente cumplida, se tendrá en cuenta, en virtud del principio antes mencionado, a modo de preventiva.

En otro orden de ideas, las sentencias penales suelen contener una parte específica relacionada con la decisión sobre la acusación, otra parte económicamente resarcitoria del perjuicio ocasionado y, finalmente, otra sobre las costas del juicio. Si, como vimos, la parte específicamente penal no se reconoce, aún menos se ejecuta<sup>28</sup>. El camino para poder ejecutar una sentencia cuando la persona se ha sustraído de las autoridades locales es el de pedir la extradición del reo. Tampoco se admite la extraterritorialidad de la condena en costas. Sin embargo, el componente económico resarcitorio de una sentencia penal pertenece al Derecho Privado, y no tiene sentido negarle extraterritorialidad por el sólo hecho de haber sido dictada por un tribunal extranjero competente en materia penal, debiendo aplicarse los mismos preceptos que para el reconocimiento y ejecución de una sentencia civil o comercial. Lo dicho no rige para el componente económico de la represión del delito (como una condena en multa), que no se ejecuta.

## Transferencia de condenados

La ley 24.767 recoge un mecanismo que ha venido ganando prestigio en los últimos tiempos<sup>29</sup> y que es la transferencia de condena-

<sup>27</sup> Ver GOLDSCHMIDT, op. cit., pag. 516.

<sup>28</sup> El proyecto de código Bustamante tenía una disposición expresa, el art. 436 (cfme. GOLDSCHMIDT, op. cit., pg. 517)

<sup>29</sup> Ver el trabajo de RAÚL A. RAMAYO "La Extradición y la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Penales Extranjeras", en ED, 164-508 y ss. (también en RAÚL A. RAMAYO, "Derecho Internacional Privado", sobre todo respecto de los jueces que, en sus votos minoritarios, denegaban la extradición que se solicitaba.

dos. Consiste ésta en la posibilidad de un condenado a pena privativa de la libertad de cumplir dicha condena en otro país. Por supuesto, admite las modalidades activa y pasiva, es decir un ciudadano argentino condenado por tribunales extranjeros y un extranjero condenado por tribunales argentinos. También admite otra distinción más sutil, que es aquella entre condenados con condena de cumplimiento efectivo y con cumplimiento condicional.

Hasta la sanción de la ley citada, existían dos convenios, uno celebrado con el Reino de España y otro con los Estados Unidos Mexicanos<sup>30</sup>. Ninguno de los mismos permite la transferencia de condenados con condena de cumplimiento condicional. La ley, por su parte, permite a los ciudadanos argentinos solicitar su traslado, tanto como al Estado que impuso la condena, por vía diplomática. No importa que el hecho no constituya delito en la Argentina, pero sí que el término de la condena pendiente de cumplimiento sea no inferior a dos años. El Ministerio de Justicia resuelve, dando intervención al juez de ejecución competente en caso de autorizarlo (art. 84). La pena se cumplirá conforme las normas argentinas, incluyendo lo referente a la libertad condicional (art. 88), lo cual es razonable por su condición de normas de derecho público. Solamente el Estado de la condena podrá amnistiar, indultar o conmutar pena (art. 88, inc. b). La Argentina asume el compromiso de informar "periódicamente" (inc. e) sobre la forma en que se desarrolla el cumplimiento. En caso de condenas de ejecución condicional, el art. 91 dice que "deberá ser presentada por vía diplomática", lo cual hace pensar que quien puede hacerlo es el Estado de la condena y no el condenado. La vigilancia la efectúan las autoridades argentinas (art. 90). La Argentina se compromete a informar acerca de la forma en que se lleva a cabo el control. Si se comprueba un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el condenado (que deberán ser informadas por el Estado de la condena, como así también el control que se espera efectúen las autoridades argentinas), es el Estado de la condena quien debe establecer las consecuencias del mismo y adoptar las medidas correspondientes (art. 94). También es posible solicitar el cumplimiento de condenas pecuniarias (de multa o decomiso de bienes), con gastos a cargo del Estado solicitante. Las condenas de inhabilitación se cumplirán asimismo de igual manera. En la modalidad pasiva, la ley remite analógicamente a las disposiciones que regulan la activa.

<sup>30</sup> Aprobados respectivamente por leyes 24.035 y 24.036.

Es fácil ver que si no existe una norma coincidente en el Derecho penal extranjero la transferencia de condenados será imposible. En efecto, las leyes penales de ambos países involucrados deben aceptar este mecanismo para que pueda realizarse. Es mucho más razonable en caso de existir un tratado que lo regule, pues el mismo también prevería los mecanismos de control de condena que se realizarían. La existencia de una ley interna a la cual remitirse en ausencia de tratados sólo funcionaría favorablemente si en el otro Estado existiese una ley semejante.

### **El Tribunal Penal Internacional** <sup>31</sup>

El 17 de julio de 1998, la Argentina junto con otros 119 países firmaron el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dentro del marco de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas realizada en Roma. Para que entre en vigor, deber ser ratificado por 60 países firmantes, para lo cual está abierto a la ratificación en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas hasta el 31 de diciembre del año 2000 (art. 125). Entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Al presente, sólo Trinidad y Tobago y Senegal lo han hecho. La Argentina al presente aún no ha obtenido la aprobación legislativa del Tratado. El principal obstáculo internacional a la entrada en vigor del Tratado de Roma radica en que tres grandes potencias (Estados Unidos, Rusia y China, los tres con poder de veto en la ONU) no lo han siquiera firmado; esta actitud pone en duda la eficacia del Tribunal y desalienta evidentemente la ratificación del Tratado<sup>32</sup>. Para los estadounidenses resulta problemático permitir que un tribunal sobre el que los Estados Unidos no ejercen ningún control tenga competencia para juzgar a ciudadanos norteamericanos<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Seguimos, en este tema, el excelente trabajo de LILIA R. y V. DE HUBENAK, "*Corte Penal Internacional Permanente (Estatuto de Roma) Partes I y II*", ED t.181 pg.1171.

<sup>32</sup> En el ámbito latinoamericano Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Nicaragua, Perú y Uruguay tampoco han firmado el estatuto.

<sup>33</sup> Más aún teniendo en cuenta la participación de tropas norteamericanas en despliegues en el exterior, sea por cuenta de la ONU o no.

La Corte Penal tendrá carácter permanente, independiente, vinculada y complementaria. Es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, y está vinculada a la ONU a través de la Asamblea de los Estados partes del Estatuto. Se tratará de asegurar su independencia otorgándole personalidad jurídica internacional, pero el Consejo de Seguridad de la ONU podrá pedir la suspensión de una investigación. Sesionará en La Haya, aunque podrá hacerlo en otros lugares a su conveniencia.

Su competencia será la responsabilidad penal internacional personal o individual, respecto de crímenes de trascendencia internacional (art. 1º). Son delitos de su competencia (art. 5º):

1. Genocidio (art. 6)
2. Crímenes de lesa humanidad (art. 7)
3. Crímenes de guerra y de agresión (art. 8 y 5.2)

Todos ellos se encuentran definidos expresamente por el Estatuto. Son sujetos responsables de ellos no sólo los miembros de organizaciones de seguridad gubernamentales o Fuerzas Armadas sino también integrantes de organizaciones guerrilleras.

La responsabilidad penal internacional es individual (art. 25), sin permitir exclusiones en razón de la función (cargo oficial, "... Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno...") ni constituye razón para reducir la pena. Sin embargo, está reconocida la obediencia debida, al considerarse al superior penalmente responsable por los actos de sus subordinados bajo su autoridad y control efectivo, si los mismos guardan relación con las actividades bajo su responsabilidad y en caso de conocer (o haber deliberadamente hecho caso omiso a información) de que aquellos estaban cometiéndolos o se disponían a hacerlo. Los subordinados no son responsables (art. 33), siempre y cuando estuviera obligado por ley a obedecer las órdenes, sin saber que son ilícitas (o sea que no los son manifiestamente). Ordenes involucrando genocidio y lesa humanidad son manifiestamente ilícitas. La responsabilidad se inicia a los 18 años, para no violar derechos de la Convención de Derechos del Niño.

La competencia territorial abarca los territorios de los Estados partes, mientras que la Corte se moviliza por petición de los Estados Partes, Consejo de Seguridad de la ONU respecto del Capítulo VII de la Carta y el Fiscal (de la Corte), mientras que las víctimas pueden presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares.

Las penas que pueden imponerse son de reclusión hasta 30 años o a perpetuidad, multa o decomiso. La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado a elección de la Corte, extraído de la lista de aquellos que hubieran manifestado estar dispuestos a recibir condenados.

## **Crímenes de jurisdicción y competencia internacional**

### ***Genocidio (art.6)*<sup>34</sup>**

Aquellos actos realizados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, incluyendo matanzas, lesiones graves físicas o mentales, sometimiento a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; impedir nacimientos o traslados de niños por fuerza.

### ***Crímenes de Lesa Humanidad (art. 7)***

Consiste en la realización de cualquiera de los once actos tipificados en el Estatuto, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento del mismo. Incluye el asesinato, exterminio, esclavitud<sup>35</sup>, deportación en masa, encarcelación, tortura<sup>36</sup>, violación y derivados, persecución de un grupo o colectividad, desaparición forzada<sup>37</sup> y apartheid.

### ***Crímenes de Guerra (art.8)***

Incluye algunas infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949, a la ley y usos internacionales que rigen los conflictos armados internacionales y no internacionales.

<sup>34</sup> Se recepta la definición de genocidio de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, vigente desde el 12 de enero de 1951, como también sus caracteres de imprescriptibilidad provenientes de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, del 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970.

<sup>35</sup> Existe la Convención sobre la Esclavitud, de la Sociedad de las Naciones, 1926; la Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, ONU, 1956; para la Argentina está vigente desde el 13 de agosto de 1964.

<sup>36</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de jerarquía constitucional en la Argentina.

<sup>37</sup> Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Asamblea General de la ONU, Res. 47/133, 1992. También la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994, vigente desde 1996, para la Argentina inclusive.

### ***Crimen de Agresión (art. 5.2)***

Será definido de acuerdo a la Carta ONU a los siete años de entrar en vigor el Estatuto. La Res. 3314 de la Asamblea General de la ONU, 1974, lo define como "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, integridad territorial o la independencia política de otro, ...incompatible con la Carta de la ONU".

### **Apéndice: el delito político y el terrorismo<sup>38</sup>**

Como hemos visto, no todos los delitos dan lugar a la extradición, existiendo gran cantidad de circunstancias que hacen que la misma no sea procedente, y que se enumeran en los tratados. Una de ellas es la eventual calificación del delito como político. Como ha dicho algún autor, "hay pocos principios tan universalmente aceptados como el de la no extradición para los delitos políticos"<sup>39</sup>. La ley 1612 así lo declara en las excepciones del art. 3º, inc. 2º, y asimismo los tratados de Montevideo (el art. 23 de 1889), como así también los tratados bilaterales. Los tratados más antiguos llegan a incluir entre tales a los delitos comunes que tengan conexión con ellos.<sup>40</sup> La calificación de estos delitos puede hacerse según el mismo tratado, o por el país requerido, conforme a la ley más favorable al reclamado.<sup>41</sup> Sin embargo, hay quien opina que la no extraditabilidad del delito político es una abstracción positivista, y que caprichosamente se califica de común a los delitos que, si bien podrían pasar por políticos, los Estados están interesados en considerar extraditables.<sup>42</sup> Según GOLDSCHMIDT "... si los positivistas creen que un delito político merece castigo, no se atreven a declararlo así, sino que lo califican caprichosamente como delito común, a fin de obtener así su extraditabilidad". Una de las primeras excepciones aceptadas universalmente fue la llamada "cláusula belga", que excluye de la no extraditabilidad al delincuente político cuando el delito consistiera en un atentado contra el jefe de un

<sup>38</sup> Seguimos, en este tema, el excelente trabajo de IGNACIO GUILLERMO LIVY, "Aspectos legales controvertidos acerca del terrorismo en el ámbito internacional", ED, t. 148, pg. 877, y el nuestro, ya citado, "Nuevo panorama...".

<sup>39</sup> LAUTERPACH, citado por Livy, Ignacio en su trabajo "Aspectos legales Controvertidos acerca del terrorismo en el ámbito internacional", ED, 148-875.

<sup>40</sup> Tratado de Montevideo de 1889

<sup>41</sup> Cfme, Montevideo de 1889.

<sup>42</sup> Ver WERNER GOLDSCHMIDT, "Derecho Internacional Privado", Ed. Depalma. 1974, pág. 514.

gobierno extranjero o los miembros de su familia<sup>43</sup>. Así en el Tratado Panamericano de Extradición de 1933, que declara delito común el atentado contra jefes de Estado y sus familiares.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de París, 1948, establece que, "a los efectos de la extradición, el genocidio y otros actos enumerados en el art. III no serán considerados como delitos políticos"; gran número de convenciones tendientes a incrementar la seguridad de la aeronavegación, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de las Naciones Unidas, 1973, (ley 22.509), la de Toma de Rehenes, de 1977, (ley 23.956), y la de marcación de explosivos plásticos a lo fines de detección, de Montreal, 1991, aún no vigente, tipifican como comunes a los efectos de la extradición a una serie de delitos sin importar la motivación o el bien jurídico afectado, lo que va contra el concepto mismo de delito político<sup>44</sup>.

Más allá de estas consideraciones, la concepción misma del delito político como delito del que no procede la extradición se ha modificado sensiblemente por la introducción del delito de terrorismo, a través de varias convenciones. Las fuentes convencionales más importantes que prevén este delito son la Convención Europea para la represión del Terrorismo (Estrasburgo, 1977) y la de la OEA para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (Washington, 1971)<sup>45</sup>.

El terrorismo consiste en un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que se caracteriza por desconocer los límites territo-

<sup>43</sup> Cláusula establecida por primera vez en Bélgica, en 1856. Cfme. FIERRO, GUILLERMO, "*La Ley Penal y el Derecho Internacional*", Buenos Aires, Depalma, 1977, citado por Livy, op. cit.

<sup>44</sup> Las Convenciones para la seguridad de la aeronavegación mencionadas son: el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 1963, ley 18.730; la Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, La Haya, 1970, ley 22.502; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971, ley 20.411; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio citado anteriormente, Montreal 1988, ley 23.915. Todos ellos se encuentran actualmente en vigor.

<sup>45</sup> La que no fue suscripta por la Argentina, aunque sí por diecisiete países. Si fue suscripta la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de Ginebra, 1937, en el ámbito de la Sociedad de las Naciones, pero sólo fue ratificada por la India.

riales del país afectado, constituyéndose en una amenaza para la paz y la seguridad del resto del mundo<sup>46</sup>.

Se aclara que su persecución no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones sino que se impone la colaboración de todas las naciones, ya sea a través de tratados o por la coordinación de sus derechos internos. Asimismo, se tiende a su inclusión en el género de los delitos contra el derecho de gentes, por causar un sufrimiento innecesario y peligro inútil para civiles inocentes, remarcándose la existencia de una desproporción entre el fin político o ideológico y los medios empleados. Esta perspectiva anula al terrorista como delincuente político o incluso como "guerrillero". A este particular, cabe destacar que se han hecho intentos de reglar las acciones de guerrilleros en los conflictos no internacionales en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. En éste se dice que comprende "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre los principios de derecho internacional". La principal innovación es el abandono de la obligación de actuar abiertamente en todo momento (*principio de openness*), restringiéndolo al momento de un ataque o despliegue preparatorio. Sin embargo, los EE.UU. se han negado a ratificar este Protocolo que elimina la diferencia entre un guerrillero o miliciano y un civil, excepto en ciertos momentos<sup>47</sup>. Esta virtual separación entre el terrorismo y las causas que lo provocan es una característica del punto de vista actual para enfocar este problema. Se hizo un intento de revertir esta tendencia en las sesiones de 1991 de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada "Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tiene su origen en las aflicciones, la frustración, lo agravios y las desesperanzas y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales". Cuando los países fueron invitados a opinar sobre la lucha contra el terrorismo internacional, se puso en evi-

<sup>46</sup> Del voto del DR. BOGGIANO en el caso "Liendo Arriaga" (en disidencia).

<sup>47</sup> Basándose incluso en razones de tipo operativas.

dencia el enfrentamiento entre los países afroasiáticos y los europeos, ya que mientras los primeros sostienen que el terrorismo debe ser diferenciado claramente de los movimientos de liberación, amparados por el derecho de autodeterminación de los pueblos<sup>48</sup>, los segundos sostienen que los intentos de llegar a un acuerdo sobre una definición que los distinga estarán condenados al fracaso y además comprometerán lo ya obtenido en este tema<sup>49</sup>.

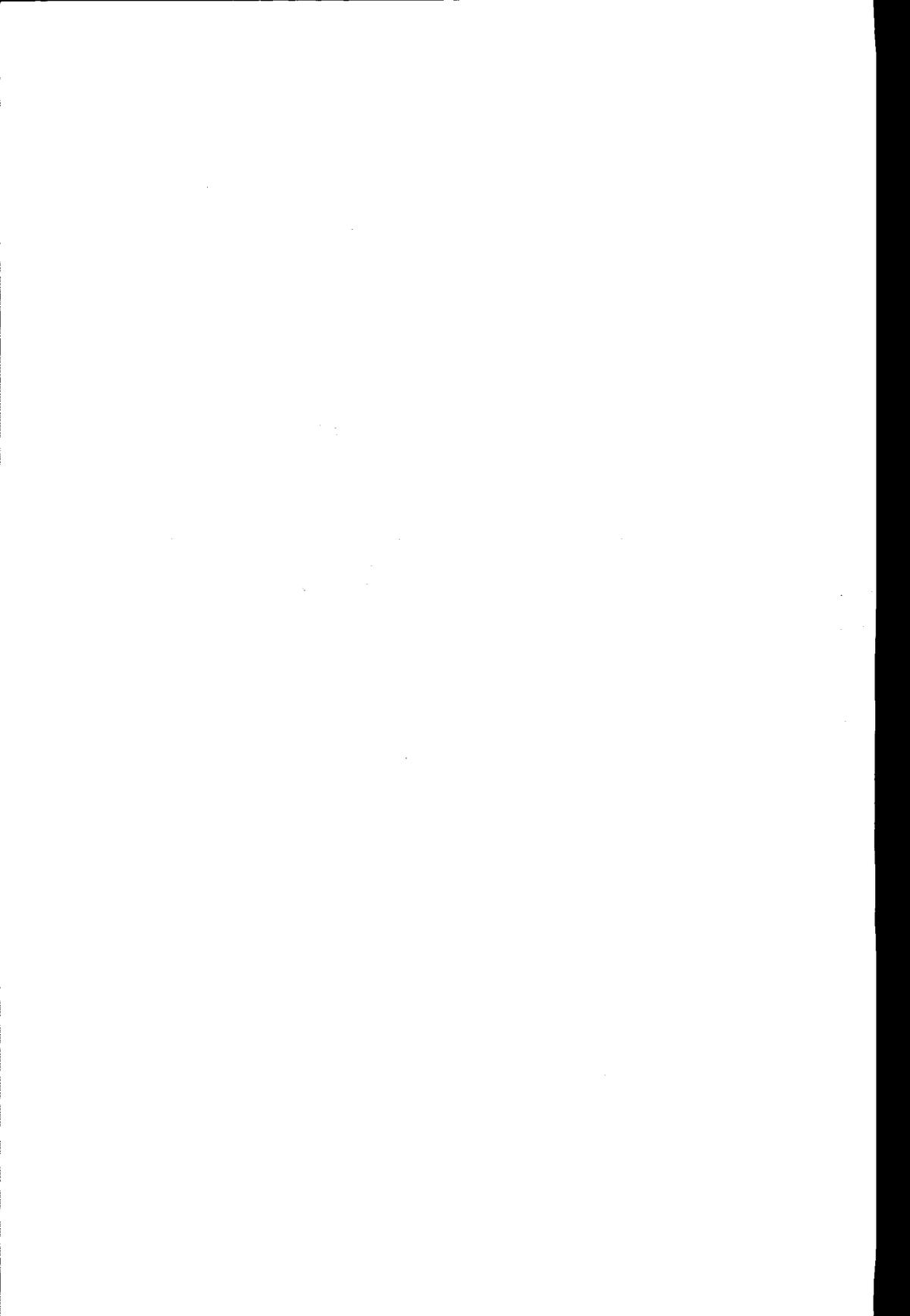
Por su parte, la ley 24.767 considera no extraditable al delito político (art. 8º, inc. a). Sin embargo, considera al delito de terrorismo como excluído de esta categoría (art. 9º, inc. f), aunque no lo define. También recepciona la *cláusula belga*, al excluir de los delitos políticos los atentados contra la vida, integridad corporal o libertad de un jefe de Estado o de miembros de su familia (mismo art., inc. b).

Como sostuvimos antes, todo el sistema construido en torno al delito político parece hoy día anacrónico, perteneciendo tal vez propiamente a los tiempos de la lucha europea contra el absolutismo<sup>50</sup>, cuando era de buen liberal respetar las ideas políticas y el derecho de sostenerlas luchando contra el régimen (siempre y cuando las mismas fueran liberales). Tuvo un poco feliz trasvasamiento a la época de la lucha contra el colonialismo (que por otro lado no lo necesitaba; tenía su propia legitimación), y hoy parece definitivamente fuera de época, junto con toda forma de violencia política, cualquiera sea su fin.

<sup>48</sup> Reconocido por las Naciones Unidas.

<sup>49</sup> Ver las manifestaciones de la República Siria, por un lado, y de los Países Bajos, por la Comunidad Europea, en el trabajo de Livy.

<sup>50</sup> Como las revoluciones de 1848.



## DOCUMENTOS



**JUAN PABLO II**  
**CARTA APOSTÓLICA EN FORMA DE "MOTU PROPRIO"**  
**PARA LA PROCLAMACIÓN DE SANTA BRÍGIDA DE SUECIA**  
**SANTA CATALINA DE SIENA Y SANTA TERESA**  
**BENEDICTA DE LA CRUZ**  
**COMO COPATRONAS DE EUROPA**

JUAN PABLO II - SUMO PONTÍFICE

**Para Perpetua Memoria**

1. LA ESPERANZA DE CONSTRUIR (*Spes aedificandi*) un mundo más justo y más digno del hombre, avivada por la espera del tercer milenio ya a las puertas, no puede ignorar que los esfuerzos humanos de nada sirven si no están acompañados por la gracia divina: "Si el Señor no construye la casa, en vano se afanan los constructores" (Sal 127 [126], 1). Esto han de tenerlo en cuenta también todos aquellos que, en los últimos años, se plantean el problema de remodelar Europa, con el fin de ayudar al Viejo Continente a aprovechar la riqueza de su historia, alejarse de las tristes herencias pasadas y así, con una originalidad radicada en sus mejores tradiciones, responder a las exigencias del mundo que cambia.

No cabe duda de que, en la compleja historia de Europa, el cristianismo representa un elemento central y determinante, que se ha consolidado sobre la base firme de la herencia clásica y de las numerosas aportaciones que han dado los diversos flujos étnicos y culturales que se han sucedido a lo largo de los siglos. La fe cristiana ha plasmado la cultura del Continente y se ha entrelazado indisolublemente con su historia, hasta el punto de que ésta no se podría entender sin hacer referencia a las vicisitudes que han caracterizado, primero, el largo periodo de la evangelización y, después, tantos siglos

en los que el cristianismo, aún en la dolorosa división entre Oriente y Occidente, se ha afirmado como la religión de los europeos. También en el periodo moderno y contemporáneo, cuando se ha ido fragmentando progresivamente la unidad religiosa, bien por las posteriores divisiones entre los cristianos, bien por los procesos que han alejado la cultura del horizonte de la fe, el papel de ésta ha seguido teniendo una relevancia importante.

El camino hacia el futuro no puede relegar este dato, y los cristianos están llamados a tomar una nueva conciencia de todo ello para mostrar sus capacidades permanentes. Tienen el deber de ofrecer una contribución específica a la construcción de Europa, que será tanto más válida y eficaz cuanto más capaces sean de renovarse a la luz del Evangelio. De este modo se harán continuadores de esa larga historia de santidad que ha impregnado las diversas regiones de Europa en el curso de estos dos milenios, en los cuales los santos oficialmente reconocidos son, en realidad, los casos más destacados, propuestos como modelo para todos. En efecto, son innumerables los cristianos que con su vida recta y honesta, animada por el amor a Dios y al prójimo, han alcanzado en las más variadas vocaciones, consagradas o laicas, una verdadera santidad, propagada por doquier, aunque de manera oculta.

2 La Iglesia no tiene dudas de que precisamente este tesoro de santidad es el secreto de su pasado y la esperanza de su futuro. En él es donde mejor se expresa el don de la Redención, gracias al cual el hombre es rescatado del pecado y recibe la posibilidad de la vida nueva en Cristo. También en él, el Pueblo de Dios, peregrino en la historia, encuentra un apoyo incomparable, sintiéndose profundamente unido a la Iglesia gloriosa, que en el Cielo canta las alabanzas del Cordero (*cf. Ap 7, 9-10*) mientras intercede por la comunidad que aún camina en la tierra. Por ello, ya desde los tiempos más antiguos, los santos han sido considerados por el Pueblo de Dios como protectores y, siguiendo una praxis peculiar que ciertamente no es extraña al influjo del Espíritu Santo, las Iglesias particulares, las regiones e incluso los Continentes se han confiado al particular patronazgo de algunos santos, a veces a petición de los fieles acogida por los Pastores o, en otros casos, por iniciativa de los Pastores mismos.

En esta perspectiva, al celebrarse la Segunda Asamblea especial para Europa del Sínodo de los Obispos, en la inminencia del Gran Jubileo del año 2000, me ha parecido que los cristianos europeos, a la vez que viven con todos sus conciudadanos un cambio de época rico de

esperanza pero no exento a la vez de preocupaciones, pueden encontrar una ayuda espiritual en la contemplación y la invocación de algunos santos que, en cierto modo, son representativos de su historia. Por eso, tras las oportunas consultas, y completando lo que hice el 31 de diciembre de 1980 al proclamar copatronos de Europa, junto a San Benito, a dos santos del primer milenio, los hermanos Cirilo y Metodio, pioneros de la evangelización de Oriente, he pensado integrar al grupo de los santos patronos tres figuras igualmente emblemáticas de momentos cruciales de este segundo milenio que está por concluir: Santa Brígida de Suecia, Santa Catalina de Siena y Santa Teresa Benedicta de la Cruz. Tres grandes santas, tres mujeres que, en diversas épocas –dos en el corazón del Medioevo y una en nuestro siglo– se han destacado por el amor generoso a la Iglesia de Cristo y el testimonio dado de su Cruz.

3. Naturalmente, el panorama de la santidad es tan variado y rico que la elección de nuevos patronos celestes podría haberse orientado hacia otras dignísimas figuras que cada época y región pueden ofrecer. No obstante, considero particularmente significativa la opción por esta santidad de rostro femenino, en el cuadro de la tendencia providencial que, en la Iglesia y en la sociedad de nuestro tiempo, se ha venido afirmando con un reconocimiento cada vez más claro de la dignidad y de la riqueza propias de la mujer.

En realidad, la Iglesia, desde sus albores, no ha dejado de reconocer el papel y la misión de la mujer, aún bajo la influencia, a veces, de los condicionamientos de una cultura que no siempre la tenía en la debida consideración. Pero la comunidad cristiana ha crecido cada vez más también en este aspecto y a ello ha contribuido precisamente de manera decisiva la presencia de la santidad. La figura de María, la “mujer ideal”, Madre de Cristo y de la Iglesia, ha sido un impulso constante en este sentido. Pero también la valentía de las mártires, que han afrontado con sorprendente fuerza de ánimo los más crueles tormentos, el testimonio de las mujeres comprometidas con radical ejemplaridad en la vida ascética, la dedicación cotidiana de tantas esposas y madres en esa “iglesia doméstica” que es la familia, así como los carismas de tantas místicas que han contribuido a la profundización de la teología, han ofrecido a la Iglesia una indicación preciosa para comprender plenamente el designio de Dios sobre la mujer. Este designio, por lo demás, se manifiesta inequívocamente ya en las páginas de la Escritura, especialmente en el testimonio de la actitud de Jesús que nos ofrece el Evangelio. En esta línea se coloca

también la opción de declarar copatronas de Europa a Santa Brígida de Suecia, Santa Catalina de Siena y Santa Teresa Benedicta de la Cruz.

Además, el motivo que ha orientado específicamente mi opción por estas tres santas está en su vida misma. En efecto, su santidad se expresó en circunstancias históricas y en el contexto de ámbitos " geográficos " que las hacen particularmente significativas para el Continente europeo. Santa Brígida hace referencia al extremo norte de Europa, donde el Continente casi se junta con las otras partes del mundo y de donde partió teniendo a Roma por destino. Catalina de Siena es también conocida por el papel desempeñado en un tiempo en el que el Sucesor de Pedro residía en Aviñón, poniendo término a una labor espiritual ya comenzada por Brígida, al hacerse promotora del retorno a su sede propia, junto a la tumba del Príncipe de los Apóstoles. Teresa Benedicta de la Cruz, finalmente, recientemente canonizada, no sólo transcurrió la propia existencia en diversos países de Europa, sino que con toda su vida de pensadora, mística y mártir, lanzó como un puente entre sus raíces hebreas y la adhesión a Cristo, moviéndose con segura intuición en el diálogo con el pensamiento filosófico contemporáneo y, en fin, proclamando con el martirio las razones de Dios y del hombre en la inmensa vergüenza de la " shoah " . Se ha convertido así en la expresión de una peregrinación humana, cultural y religiosa que encarna el núcleo profundo de la tragedia y de las esperanzas del Continente europeo.

4. La primera de estas tres grandes figuras, Brígida, nació en una familia aristocrática en 1303 en Finsta, en la región sueca de Uppland. Es conocida sobre todo como mística y fundadora de la Orden del Smo. Salvador. Pero no se ha de olvidar que la primera parte de su vida fue la de una laica felizmente casada con un cristiano piadoso, con el que tuvo ocho hijos. Al proponerla como patrona de Europa, pretendo que la sientan cercana no solamente quienes han recibido la vocación a una vida de especial consagración, sino también aquellos que han sido llamados a las ocupaciones ordinarias de la vida laica en el mundo y, sobre todo, a la alta y difícil vocación de formar una familia cristiana. Sin dejarse seducir por las condiciones de bienestar de su clase social, vivió con su marido Ulf una experiencia de matrimonio en la que el amor conyugal se unía a la oración intensa, el estudio de la Sagrada Escritura, la mortificación y la caridad. Juntos fundaron un pequeño hospital donde asistían frecuentemente a los enfermos. Brígida, además, solía servir personalmente a

los pobres. Fue apreciada al mismo tiempo por sus dotes pedagógicas, que tuvo ocasión de desarrollar durante el tiempo en que se solicitaron sus servicios en la corte de Estocolmo. Esta experiencia hizo madurar los consejos que daría en diversas ocasiones a príncipes y soberanos para el correcto desempeño de sus tareas. Pero los primeros en ser beneficiados de ello fueron, como es obvio, sus propios hijos, y no es casualidad que una de sus hijas, Catalina, sea venerada como Santa.

Este periodo de su vida familiar fue sólo una primera etapa. La peregrinación que hizo con su marido Ulf a Roma y a Santiago de Compostela en 1341 cerró simbólicamente esta fase, preparando a Brígida para la nueva vida que comenzó algún año después, cuando, a la muerte de su esposo, oyó la voz de Cristo que le confiaba una nueva misión, guiándola paso a paso con una serie de gracias místicas extraordinarias.

5. Brígida, dejando Suecia en 1349, se estableció en Roma, sede del Sucesor de Pedro. El traslado a Italia fue una etapa decisiva para ampliar los horizontes de su mente y corazón, no sólo geográficos y culturales, sino sobre todo espirituales. Muchos lugares de Italia la vieron, aún peregrina, deseosa de venerar las reliquias de los santos. De este modo visitó Milán, Pavía, Asís, Ortona, Bari, Benevento, Pozzuoli, Nápoles, Salerno, Amalfi o el Santuario de San Miguel Arcángel en el Monte Gargano. La última peregrinación, realizada entre 1371 y 1372, la llevó a cruzar el Mediterráneo, en dirección a Tierra Santa, lo que la permitió abrazar espiritualmente, además de tantos lugares sagrados de Europa católica, las fuentes mismas del cristianismo en los lugares santificados por la vida y la muerte del Redentor.

En realidad, más aún que con este devoto peregrinar, Brígida se hizo partícipe de la construcción de la comunidad eclesial con el sentido profundo del misterio de Cristo y de la Iglesia, en un momento ciertamente crítico de su historia. En efecto, la íntima unión con Cristo fue acompañada de especiales carismas y revelaciones, que hicieron de ella un punto de referencia para muchas personas de la Iglesia de su tiempo. En Brígida se observa la fuerza de la profecía. A veces, su tono parece un eco de aquel de los antiguos profetas. Habla con seguridad a príncipes y pontífices, develando los designios de Dios sobre los acontecimientos históricos. No escatima severas amonestaciones también en lo referente a la reforma moral del pueblo cristiano y del clero mismo (cf. *Revelationes*, IV, 49 cf. también IV, 5). Algunos aspectos de su extraordinaria producción mística suscitaron en aquel

tiempo dudas razonables, sobre las que se realizó un discernimiento eclesial remitiéndose a la única revelación pública, que tiene su plenitud en Cristo y su expresión normativa en la Sagrada Escritura. En efecto, tampoco las experiencias de los grandes santos están exentas de los límites inherentes a la recepción humana de la voz de Dios.

No hay duda, sin embargo, de que al reconocer la santidad de Brígida, la Iglesia, aunque no se pronuncia sobre cada una de las revelaciones que tuvo, ha acogido la autenticidad global de su experiencia interior. Aparece así como un testimonio significativo del lugar que pudo tener en la Iglesia el carisma vivido en plena docilidad al Espíritu de Dios y en total conformidad con las exigencias de la comunión eclesial. Por eso, al haberse separado de la comunión plena con la sede de Roma las tierras escandinavas, patria de Brígida, durante las tristes vicisitudes del siglo XVI, la figura de la santa sueca representa un precioso "vínculo" ecuménico, reforzado también por el compromiso en este sentido llevado a cabo por su Orden.

6. Poco posterior es la otra gran figura de mujer, Santa Catalina de Siena, cuyo papel en el desarrollo de la historia de la Iglesia y en la profundización doctrinal misma del mensaje revelado ha obtenido significativos reconocimientos, que han llegado hasta la atribución del título de Doctora de la Iglesia.

Nacida en Siena en 1347, fue favorecida desde la primera infancia por gracias extraordinarias que la permitieron recorrer, sobre la vía espiritual trazada por Santo Domingo, un rápido camino de perfección entre oración, austeridad y obras de caridad. Tenía veinte años cuando Cristo le manifestó su predilección a través del símbolo místico del anillo nupcial. Era la culminación de una intimidad madurada en lo escondido y en la contemplación, gracias a su constante permanencia, incluso fuera de los muros del monasterio, en aquella morada espiritual que ella gustaba llamar "la celda interior". El silencio de esta celda, haciéndola docilísima a las inspiraciones divinas, pudo compaginarse bien pronto con una actividad apostólica que raya lo extraordinario. Muchos, incluso clérigos, se reunieron en torno a ella como discípulos, reconociéndole el don de una maternidad espiritual. Sus cartas se propagaron por Italia y hasta por Europa. En efecto, la joven sienesa entró con paso seguro y palabras ardientes en el corazón de los problemas eclesiales y sociales de su época.

Catalina fue incansable en el empeño que puso en la solución de muchos conflictos que laceraban la sociedad de su tiempo. Su obra pacificadora llegó a soberanos europeos como Carlos V de Francia,

Carlos de Durazzo, Isabel de Hungría, Luis el Grande de Hungría y de Polonia y Juana de Nápoles. Fue significativa su actividad para reconciliar Florencia con el Papa. Señalando a los contendientes a "Cristo crucificado y a María dulce", hacía ver que, para una sociedad inspirada en los valores cristianos, nunca podía darse un motivo de contienda tan grave que hiciera preferir el recurso a la razón de las armas en vez de las armas de la razón.

7. Catalina, no obstante, sabía bien que no se podía llegar con eficacia a esta conclusión si antes no se forjaban los ánimos con el vigor del Evangelio. De aquí la urgencia de la reforma de las costumbres, que ella proponía a todos sin excepción. A los reyes les recordaba que no podían gobernar como si el reino fuese una "propiedad" suya, sino que, conscientes de tener que rendir cuentas a Dios de la gestión del poder, debían más bien asumir la tarea de mantener en él "la santa y verdadera justicia", haciéndose "padre de los pobres" (cf. *Carta n. 235 al Rey de Francia*). En efecto, el ejercicio de la soberanía no podía disociarse del de la caridad, que es a la vez alma de la vida personal y de la responsabilidad política (cf. *Carta n. 357 al Rey de Hungría*).

Con esta misma fuerza se dirigía a los eclesiásticos de todos los rangos para pedir la más rigurosa coherencia en su vida y en su ministerio pastoral. Impresiona el tono libre, vigoroso y tajante con el que amonesta a sacerdotes, obispos y cardenales. Era preciso —decía— arrancar del jardín de la Iglesia las plantas podridas sustituyéndolas con "plantas nuevas", frescas y fragantes. La santa sienesa, apoyándose en su intimidad con Cristo, no tenía reparo en señalar con franqueza incluso al Pontífice mismo, al cual amaba tiernamente como "dulce Cristo en la tierra", la voluntad de Dios, que le imponía liberarse de los titubeos dictados por la prudencia terrena y por los intereses mundanos para regresar de Aviñón a Roma, junto a la tumba de Pedro.

Con igual ardor, Catalina se esforzó después en evitar las divisiones que se produjeron en la elección papal que sucedió a la muerte de Gregorio XI. También en aquel episodio recurrió, una vez más, a las razones irrenunciables de la comunión. Ésta era el valor ideal supremo que había inspirado toda su vida, desviviéndose sin reserva en favor de la Iglesia. Lo dirá ella misma a sus hijos espirituales en el lecho de muerte: "Tened por cierto, queridos, que he dado la vida por la santa Iglesia" (Beato Ramón de Capua, *Vida de Santa Catalina de Siena*, Lib. III, c. IV).

8. Con Edith Stein –Santa Teresa Benedicta de la Cruz– nos encontramos en un ambiente sociocultural completamente distinto. En efecto, ella nos introduce en el corazón de nuestro siglo convulso, señalando las esperanzas que ha despertado, pero también las contradicciones y los fracasos que lo han caracterizado. Edith no proviene, como Brígida y Catalina, de una familia cristiana. En ella, todo expresa el tormento de la búsqueda y la fatiga de la “ peregrinación ” existencial. Aún después de haber alcanzado la verdad en la paz de la vida contemplativa, debió vivir a hasta el fondo el misterio de la Cruz.

Había nacido en 1891, en una familia judía de Breslau, por entonces territorio alemán. El interés desarrollado por la filosofía y el abandono de la práctica religiosa a la que, no obstante, había sido iniciada por su madre, más que un camino de santidad hacían presagiar una vida bajo el signo del puro “ racionalismo ”. Pero la gracia la esperaba precisamente en las sinuosidades del pensamiento filosófico: orientada en la línea de la corriente fenomenológica, supo tomar de ella la exigencia de una realidad objetiva que, lejos de terminar en el sujeto, lo precede y establece el grado de conocimiento, debiendo ser examinada con un riguroso esfuerzo de objetividad. Es preciso ponerse a la escucha de la realidad, captándola sobre todo en el ser humano por esa capacidad de “ empatía ” – palabra que tanto le gustaba– que permite en cierta medida hacer propia la experiencia del otro (cf. E. Stein, *El problema de la empatía*).

En esta tensión de la escucha fue donde ella se encontró, por un lado, con los testimonios de la experiencia espiritual cristiana ofrecidos por Santa Teresa de Jesús y otros grandes místicos, de los cuales se convirtió en discípula e imitadora, y por otro, con la antigua tradición del pensamiento cristiano consolidada en el tomismo. Por este camino llegó primero al bautismo y después a la opción por la vida contemplativa en la Orden carmelita. Todo se desarrolló en el marco de un itinerario existencial más bien convulso, marcado, además de por la búsqueda interior, por el compromiso de estudio y de enseñanza que desempeñó con admirable dedicación. Para su tiempo, es particularmente apreciable su militancia a favor de la promoción social de la mujer, y resultan verdaderamente penetrantes las páginas en las que ha explorado la riqueza de la feminidad y la misión de la mujer desde el punto de vista humano y religioso (cf. E. Stein, *La mujer. Su misión según la naturaleza y la gracia*).

9. El encuentro con el cristianismo no la llevó a renegar de sus raíces judías, sino que más bien se las hizo redescubrir en plenitud.

No obstante, esto no la libró de la incomprensión por parte de sus familiares. El desacuerdo de la madre, sobre todo, le causó un dolor indecible. En realidad, todo su camino de perfección cristiana se desarrolló bajo el signo, no sólo de la solidaridad humana con su pueblo de origen, sino también de una auténtica participación espiritual en la vocación de los hijos de Abraham, marcados por el misterio de la elección y de los "dones irrevocables" de Dios (cf. *Rm* 11, 29).

En particular, Edith hizo suyo el sufrimiento del pueblo judío a medida que éste se agudizó en la feroz persecución nazi, que sigue siendo, junto a otras graves expresiones del totalitarismo, una de las manchas más negras y vergonzosas de la Europa de nuestro siglo. Sintió entonces que en el exterminio sistemático de los judíos se cargaba la cruz de Cristo sobre su pueblo, y vivió como una participación personal en ella su deportación y ejecución en el tristemente famoso campo de Auschwitz-Birkenau. Su grito se funde con el de todas las víctimas de aquella inmensa tragedia, pero unido al grito de Cristo, que asegura al sufrimiento humano una misteriosa y perenne fecundidad. Su imagen de santidad queda para siempre vinculada al drama de su muerte violenta, junto a la de tantos otros que la padecieron con ella. Y permanece como anuncio del evangelio de la Cruz, con el que quiso identificarse en su mismo nombre de religiosa.

Contemplamos hoy a Teresa Benedicta de la Cruz reconociendo en su testimonio de víctima inocente, por una parte, la imitación del Cordero Inmolado y la protesta contra todas las violaciones de los derechos fundamentales de la persona y, por otra, una señal de ese renovado encuentro entre hebreos y cristianos que, en la línea deseada por el Concilio Vaticano II, está conociendo una prometedora fase de apertura recíproca. Declarar hoy a Edith Stein copatrona de Europa, significa poner en el horizonte del viejo Continente una bandera de respeto, tolerancia y de acogida que invita a hombres y mujeres a comprenderse y a aceptarse, más allá de las diversidades étnicas, culturales y religiosas, para formar una sociedad verdaderamente fraterna.

10. ¡Crezca, pues, Europa! Crezca como Europa del espíritu, en la línea de su mejor historia, que precisamente tiene en la santidad su más alta expresión. La unidad del Continente, que está madurando progresivamente en las conciencias y definiéndose cada vez más netamente también en el ámbito político, implica ciertamente una perspectiva de gran esperanza. Los europeos están llamados a dejar atrás definitivamente las rivalidades históricas que han convertido

frecuentemente su Continente en teatro de guerras devastadoras. Al mismo tiempo, deben esforzarse por crear las condiciones de una mayor cohesión y colaboración entre los pueblos. Tienen ante sí el gran desafío de construir una cultura y una ética de la unidad, sin las cuales cualquier política de la unidad está destinada a naufragar antes o después.

Para edificar la nueva Europa sobre bases sólidas, no basta ciertamente apoyarse en los meros intereses económicos, que si unas veces aglutinan, otras dividen, sino que es necesario hacer hincapié más bien sobre los valores auténticos, que tienen su fundamento en la ley moral universal, inscrita en el corazón de cada hombre. Una Europa que confundiera el valor de la tolerancia y del respeto universal con el indiferentismo ético y el escepticismo sobre los valores irrenunciables, se embarcaría en una de las más arriesgadas aventuras y, más tarde o más temprano, vería retornar bajo nuevas formas los espectros más temibles de su historia.

El papel del cristianismo, que indica incansablemente el horizonte ideal, se presenta una vez más como vital para evitar esta amenaza. También a la luz de los múltiples puntos de encuentro con otras religiones, reconocido por el Concilio Vaticano II (cf. *Decr. Nostra aetate*), se ha de subrayar con fuerza que la apertura al Trascendente es una dimensión vital de la existencia. Por tanto, es esencial un renovado compromiso de testimonio por parte de todos los cristianos presentes en las diversas Naciones del Continente. Ellos son los que han de alimentar la esperanza de una salvación plena, mediante el anuncio que le es propio, el del Evangelio, esto es, la "buena noticia" de que Dios se ha hecho cercano a nosotros y, en el Hijo Jesucristo, nos ha ofrecido la redención y la plenitud de la vida divina. Por el Espíritu Santo que nos ha sido dado, nosotros podemos elevar a Dios nuestra mirada a invocarlo con el dulce nombre de "Abba", ¡Padre! (cf. *Rm* 8, 15; *Ga* 4, 6).

11. Precisamente este anuncio de esperanza es lo que he querido afianzar al indicar, en perspectiva "europea", una renovada devoción a estas tres grandes figuras de mujer que, en épocas diversas, han dado una aportación tan significativa, no sólo para el crecimiento de la Iglesia, sino también de la sociedad misma.

Por esa comunión de los santos que une misteriosamente la Iglesia terrena con la celeste, ellas se hacen cargo de nosotros en su perenne intercesión ante el trono de Dios. Al mismo tiempo, la invocación más intensa y la referencia más asidua y atenta a sus palabras y

ejemplos despertarán en nosotros una conciencia más aguda de nuestra común vocación a la santidad, moviéndonos a consecuentes propósitos de un compromiso más generoso.

Por tanto, después de una madura consideración, en virtud de mi potestad apostólica, establezco y declaro copatronas celestes de toda Europa ante Dios a Santa Brígida de Suecia, Santa Catalina de Siena y Santa Teresa Benedicta de la Cruz, concediendo todos los honores y privilegios litúrgicos que les competen según el derecho de los patronos principales del lugar.

Gloria a la Santísima Trinidad, que refulge de manera singular en sus vidas y en la vida de todos los santos. Que la paz esté con los hombres de buena voluntad, en Europa y en el mundo entero.

Roma, junto a San Pedro, el día 1 de octubre del año 1999, vicesimoprimeros de Pontificado.



## LAS MISTICAS DE LA IGLESIA MEDIEVAL

MONS. DR. NESTOR DANIEL VILLA\*

Introduzco este trabajo cuyo original en alemán se hizo público en 1991 con ocasión del VI Centenario de la Canonización de Santa Brígida de Suecia y fuera incluido en versión italiana por Cinisello Balsamo (MI) en un volumen sobre el Movimiento religioso y mística femenina en el Medioevo de autores varios en 1993, es elocuente por sí solo. \*\*

Más allá de foros internacionales sobre la mujer y de feminismos a ultranza, la verdadera liberación de la mujer proviene de Jesucristo. Y el hecho que estas mujeres en una época calificada erróneamente de "oscura" hayan ejercido desde la experiencia mística una influencia de huella indeleble en el Papado y en la Europa de aún hoy día, vale la pena estudiarlo.

Esto lo hizo posible el erudito alemán Peter Dinzelsbacher, especialista en el tema, por sus connotaciones con lo jurídico canónico y secular como con la teoría general del derecho político. De la versión alemana, se utilizó para su versión española la traducción italiana de referencia "ut supra" enviada por la Abadesa General de la Orden Brigidense M. M. Tekla Famiglietti O. SS. S.

Otra obra sueca, fruto del teólogo protestante Ingvar Fogelvist, profesor en la Facultad de Teología de la Universidad de Uppsala (Suecia): APOSTASY AND REFORM IN THE REVELATIONS OF ST. BRIGITTA (Estocolmo 1995) pone el mismo tema sobre el tapete. En la mesa redonda que tuvimos en dicha Facultad el 6 de junio de 1997 con dicho profesor, el Dr. Brodd y quien suscribe, el tema de la influencia de Santa Brígida en la realidad actual de Suecia y de Europa va reinstalándose nuevamente.

La vigencia de estas mujeres es palpante. En 1991 SS. Juan Pablo II en la Letra Apostólica del 4 de octubre a la M.M. Tekla Famiglietti con ocasión del VI Centenario de la canonización de Santa Brígida por Gregorio XI,

\* Profesor de Teología, Dogmática y Moral. UCA y Universidad del Salvador.

\*\* Su actualidad y vigencia se vincula con la proclamación por SS. Juan Pablo II de Santa Catalina de Siena, Santa Brígida de Suecia y Edith Stein (Sta. Teresa Benedicta de la Cruz O.C.D.) como "copatronas de Europa".

proclamó a esta santa, la primer mujer sueca de relevancia universal, "Profeta del III Milenio" por la vigencia y lozanía de su mensaje para el siglo y el milenio por venir. De ahí su proclamación para el año 2000 como co-patrona de Europa, junto a los ya patronos San Benito, San Cirilo y San Metodio.

Por otra parte, Santa Catalina de Siena es la primer doctora de la Iglesia (29 de septiembre de 1970) proclamada por bula de SS. Pablo VI de santa memoria. A ella se sumaron Santa Teresa de Jesús inmediatamente, y en el año 1998 Santa Teresa del niño Jesús, Santa Hildegarda y Santa Brígida, como otras de las místicas que en este trabajo se mencionan (Gertrudis y Matilde de Helfta) están también en la línea de esta proclamación pontificia que incorpora a la mujer como maestra.

La política es el arte de lo posible y de, por la prudencia del gobernante, procurar a un grupo humano la obtención del bien común. La crisis del ser, tan claramente denunciada por Martin Buber, pervirtió en el mundo contemporáneo ese cometido prevaleciendo lo partidario sobre lo comunitario, lo estatal sobre lo nacional.

La actividad del político, de eximia santidad según SS. Pío XII, se ha corrompido. Las voces que provienen del Medioevo actualizando el Evangelio no perdieron vigencia. Nos interpelan a una vocación política y jurídica en un servicio a todo hombre en un mundo globalizado que lo margina y excluye. Tal como lo reclamaron en su tiempo, con mayor urgencia y envergadura lo reclaman estas mujeres en el nuestro.

## **LA ACCIÓN POLÍTICA DE LAS MÍSTICAS EN LA IGLESIA Y EN EL ESTADO: HILDEGARDA, BRÍGIDA, CATALINA**

PETER DINZELBACHER

Con el movimiento religioso femenino hacia el final del siglo XII y durante todo el XIII tuvo comienzo, por primera vez como factor determinante la espiritualidad de las mujeres pías del Medioevo, el fenómeno de la mística prácticamente hasta entonces apenas conocido. El fin último de estas mujeres era por un lado santificarse a través de la unión mística con Cristo (vida contemplativa), por el otro la *sequela Christi* en el ejercicio de la caridad (vida activa). Influenciar directamente la historia de la Iglesia o la política de los estados, en la mayor parte de los casos, no entraba en la esfera de sus intereses o, aún así, sólo indirectamente.

Hubo sin embargo un cierto número de místicas (particularmente en el Medioevo tardío) que actuaron directamente también en la vida de la sociedad en la que vivían, y el ámbito de su acción podía

extenderse desde el restringido de su comunidad monástica hasta el más vasto, la cristiandad en su conjunto. Una justa evaluación de la importancia histórica de su acción es sólo posible considerándola sobre el trasfondo de la condición normal de la mujer en esa época, marcadamente patriarcal, que fue sin duda el Medioevo cristiano. Numerosas publicaciones han demostrado en el ínterin que en ese período, en la opinión general de los representantes del sexo masculino, como norma el otro sexo era evaluado como especie físicamente, moralmente e intelectualmente inferior, así no será necesario emplear más tiempo en la descripción de esta situación. Baste sólo recordar, como síntoma iluminante, las palabras con las que el más grande y apreciado teólogo medieval, Santo Tomás de Aquino, se expresó sobre el valor de la mujer en la *Summa Theologica*, que debía convertirse en la obra fundamentalmente vinculante del pensamiento católico: la existencia de la mujer es justificada únicamente como “auxiliar de la obra del varón en la procreación”, pues ciertamente, “en toda otra obra, él encuentra una mejor ayuda en otro varón que en las mujeres”. Ésta es, por naturaleza, sometida al hombre, “pues en el varón es preeminente, por naturaleza, la capacidad de discernimiento de la razón”. Tomás reflexiona aquí solamente sobre las opiniones generales de su tiempo, de todos modos no es lícito olvidar que éstas llevaban a consecuencias de comportamiento en la vida práctica: por ejemplo, a aquella por la cual —según algunos rituales de la ceremonia del matrimonio del Medioevo central— la novia, en el momento de ser dada en matrimonio, debía honrar al futuro esposo postrándose delante, con eso era demostrado bastante claramente, también *coram populo* y de una vez por todas, cual comportamiento recíproco de los cónyuges se podía esperar y se esperaba. O si no, volviendo a la esfera meramente religiosa: el derecho eclesiástico prohibía a las mujeres, aún a las que habían hecho votos de virginidad consagrándose exclusivamente al esposo celestial, acercarse al altar durante la misa, por no decir tocar los objetos litúrgicos o servir al celebrante.

Si se quisieran sin embargo analizar las condiciones históricas en las cuales las mujeres dotadas de facultad mística llegaron, en el Medioevo, a superar las barreras, sin más, erigidas a su sexo; si se quisiera además examinar en que medida ellas tal vez siguiesen un igual modo de comportarse y de actuar, y donde hubiesen tenido éxito y donde, tal vez más a menudo, fracasaban; sería necesario un tratamiento más amplio de las biografías y de las obras de un número no tan reducido de mujeres carismáticas.

Pienso, por ejemplo, en Santa Margarita de Cortona (1247-1297), que tuvo fama en Toscana como predicadora de la paz y de la cruzada, en Santa Clara de Montefalco (1268-1308), que combatió a la secta de los Hermanos del libre espíritu, a la beata Ursulina Venerii de Parma (1375-1408), que cumplió peregrinajes a Roma y a Aviñón para convencer al Papa y al antipapa de poner fin al cisma, en la beata Juana María de Maillé (n.1414), que buscó más de una vez de influir al rey francés Carlos VI, en la beata Colecta de Corbie (1381-1447), que como abadesa general del Segundo Orden de los Frailes Menores reformó, con el apoyo de las autoridades temporales, por lo menos diecisiete conventos femeninos y siete masculinos y trabajó a su vez para poner fin al cisma de la Iglesia.

Sería necesario luego realizar una comparación con la acción, en el seno de la política eclesiástica y civil, de los místicos medievales, para establecer si existió un comportamiento típico femenino y uno típico masculino: entonces con la acción de un Juan de Rupescissa (n. 1362), de un beato Pedro de Aragón (1305-1381), de un San Nicolás de Flüe (1417-1487), de un Jerónimo Savonarola (1452-1498).

Esto no se puede ciertamente hacer dentro del espacio que aquí nos está concedido.

En el centro de mi estudio se encontrarán, por lo tanto, sólo tres mujeres, cuyas privadas revelaciones y públicas actividades han hecho de ellas las más célebres místicas del Medioevo: Hildegard de Bermersheim, santa Hildegarda de Bingen (Bermersheim in der Pfalz 1098 –Rupertsberg bei Bingen 1179), Birgitta Birgerdotter, santa Brígida de Suecia (1302/03– Roma 1373), Caterina de Jacopo Benincasa, santa Catalina de Siena (Siena 1347–Roma 1380). No solamente ellas han dejado personalmente una vasta obra escrita, sino que existen también numerosas fuentes de otra autoría que nos proporcionan informaciones sobre su vida, sobre su pensamiento y acción. En este contexto podemos elegir obviamente sólo algunos ejemplos ilustrativos de nuestra exposición, que se podrían sin embargo, como regla, multiplicar.

## I. Las Místicas y la Iglesia

Comencemos por un lugar de las Sagradas Escrituras, es decir por el famoso 1Cor 14,34, que, aún admitiendo que pueda ser, según el punto de vista de los actuales estudiosos de la Biblia, una interpolación antigua<sup>17</sup>, significó de todos modos, para el Medioevo, la palabra misma del apóstol Pablo: "*Hai gynaiques en tais ekklesiai sigato-*

*san, ou gar epitrepetai autais lalein, alla hypotassesthosan, kathos kai ho nomos leghei*".

En la traducción latina de la *Vulgata*, normativa para el Medioevo, se expresaba por lo general el verbo *lalein* (neotestamentario: enseñar) —que se refería a una especial situación de las comunidades individuales, es decir al ejercicio del carisma profético— con el más universal *loqui*, hablar. Paradojalmente, en el Medioevo, fue justamente esta situación, y sólo ésta, aquella en la que algunas mujeres habrían podido hablar, sino en la Iglesia en cuanto institución, por lo menos en la Iglesia como institución y comunidad de los creyentes; y esto aunque la prescripción: "*Mulier, quamvis docta et sancta, viros in conventu docere non presumat*" ("Una mujer, aunque docta y santa, no presume enseñar a hombres, en la comunidad") fuese artículo del derecho canónico por lo menos desde el siglo VI.

El citado pasaje paulino representó, de todos modos, uno de los fundamentos de la crítica ejercida por los hombres en contra de la actividad predicadora emanante del carisma de las místicas. Identificándose expresamente con este pasaje, un dominicano predicaba desde el púlpito que las visiones de Brígida derivaban de considerar fuentes de inspiración puros errores, divagaciones, ilusiones. Creer en las visiones de una mujer le parecía un absurdo. Le fue aconsejado a la carismática, con falsa benevolencia, que comiera y bebiera mejor y que durmiera más, en vez de abandonarse a vanos sueños: "*O domina, nimis somnias, nimis vigilas, expedit tibi bibere, et plus dormire. Numquid deus reliquit religiosos, et cum superbis mundi loquitur? Vanum est verbis tui dare fidem*" ("Mujer, sueñas demasiado, velas demasiado, necesitas beber y dormir más. Acaso Dios ha abandonado a los religiosos y habla con los soberbios del mundo? Es vano darle fe a tus palabras"). Si Dios quisiera revelarse, no tendría en cambio suficientes curas y monjes a los cuales hablarles? En vez de, podemos agregar, dirigirse a una mujer, que no era ni siquiera virgen, sino casada y dama en la corte real, por lo tanto verdaderamente mujer de este mundo. Debía quedarse en su casa, pensaba otro, en lugar de sembrar discordias, como, es necesario agregar, hacen todas las otras buenas mujeres. Birger, un hijo de Brígida, después de la muerte de su madre, testimonió: "Me acuerdo de haber estado a menudo triste y cabizbajo, frente a mi señor, el rey Magnus, que solía decirme: "Que puede haber por ventura soñado de nuevo, esta noche, nuestra llegada, tu madre?". Todavía un año antes de la muerte de ella, cuando Brígida se había vuelto ya desde largo tiempo una celebridad, un confesor dominicano de la corte real chipriota juzgó lapidariamente: "*Ista*

*est una mente capta*”, “Ella es una mentecata”. No diferentemente se había expresado, muchos años antes, un monje del convento de Alvastra, el que pensaba *eam non habere cerebrum sanum sed esse fantasticam*, que no tenía el cerebro sano y era una fantasiosa. A cuantos conflictos entre padres conciliares y teólogos haya dado lugar, después de su muerte, el juicio de sus revelaciones, es cosa sabida, y al final fueron necesarias tres canonizaciones antes que la santidad de ella pudiese quedar imperturbada.

Hildegarda debió quejarse ante el Papa Eugenio III pues muchas de sus revelaciones quedaron inescuchadas sólo porque venían de una pobre mujer iletrada.

Tampoco Catalina quedó a salvo de molestias: ciertas advertencias podían provenir sin más también de los propios amigos. Es así como el ermitaño Bianco di Santi escribió para Catalina una larga poesía que llevaba el título de: *Or ti guarda, suor mia, che non caggi in gran ruina*. Es decir que ella debía tener cuidado de no volverse una mentirosa, ya que usaba un lenguaje profético, y debía dejar de fantasear acerca de vanas profecías.

Debemos empero tomar en cuenta un hecho, es decir que el juicio generalmente negativo sobre las mujeres fue, en el Medioevo, solamente uno de los factores de las dificultades que las carismáticas debían afrontar, si querían desarrollar una actividad en público. Un segundo factor fue la desconfianza de la Iglesia con relación a los “falsos profetas”, particularmente actual en el Medioevo tardío, cuando las concepciones —en aquella época siempre presentes— sobre el fin de los tiempos, sobre el milenio, sobre el juicio universal, alcanzaron un punto máximo de intensidad. Si opositores políticos de la época se demonizaban recíprocamente en forma continua como anticristos, y si numerosos movimientos subversivos religioso-sociales que llegaban hasta los anabaptistas, tomaban pie a partir de argumentos milenarísticos, había en el fondo de esto una muy concreta expectativa escatológica. Lo mismo vale para la gran popularidad de que gozaban las teatralizaciones y las representaciones del juicio universal, o para los textos, difundidos en cada una de las lenguas vulgares, sobre los quince signos del juicio final. Puesto que Cristo, ante el requerimiento de signos del próximo fin del mundo, había nombrado a los falsos profetas, nada era más obvio de que cada creyente culto debiera ser ante todo desconfiado en lo que concernía a los nuevos profetas y profetisas. Se ve claramente en el beato Raimundo de Capua, el padre espiritual, amigo y biógrafo de Catalina, con cuantas reservas él consideraba inicialmente a la futura santa, sea porque mujer, sea porque

profetisa. Por un lado, escribe Raimundo, había llegado el tiempo de la tercera bestia, del leopardo (de Rabano Mauro en adelante símbolo del anticristo), con el cual es designado alegóricamente el hipócrita, por otro lado él mismo ya había conocido a tales hipócritas, y en su mayoría mujeres (*et potissime in feminis*), las cuales, como ya lo hiciera Eva, se habían dejado seducir por el maligno. Pero, además de otros signos, especialmente una particular metamorfosis del rostro de Catalina en uno con barba del Salvador fue lo que le dio la certeza del origen divino de las palabras de ella.

También Pedro Olavsson de Alvastra, el confesor que anotó las revelaciones de Brígida, tuvo al principio análogos escrúpulos. Renunció a ellos sólo cuando tuvo de improviso un ataque apopléjico, que él describe como una bofetada de Dios, y del que quedó sanado únicamente por el voto hecho de transcribir fielmente todo lo que la vidente le habría transmitido.

Con el trasfondo del común escepticismo concerniente al sexo femenino por un lado, y las revelaciones privadas por el otro, en aquél período que era entonces considerado como último atisbo de la historia de la humanidad, es bastante comprensible que la Iglesia, en ejercicio de su magisterio, examinase las propagadoras de nuevas revelaciones *intus et in cute*, y a este examen no escaparan por otra parte ni siquiera los profetas de sexo masculino. Lo mismo le ocurre a santa Hildegarda de Bingen. El confesor Volmar y el abad Kuno, después de haber leído y aprobado los escritos de la visionaria, los sometieron a la atención del arzobispo Enrique de Maguncia. Cuando luego el Papa Eugenio III, a fines de 1147, llegó a Treveris en compañía de Bernardo de Claraval, el arzobispo y el alto clero consideraron bueno someter al Papa el caso de Hildegarda, para establecer, a través de su autoridad, "qué de esas revelaciones fuese aceptable y qué rechazable". "Como era de esperarse, el Papa Eugenio se mantuvo reservado". En cuanto era monje y teólogo sabía bien que semejantes apariciones no podían excluirse de la esfera de lo real, pero en cuanto era Papa, se vio obligado a examinar rigurosamente el hecho. Una comisión formada por teólogos bajo la dirección del obispo Alberto de Verdún fue encargada de interrogar "con delicadeza" a la visionaria y a sus hermanas, y de hacerse entregar el no aún concluido *Liber Scivias*; sabemos cuán favorable fuera el resultado de este examen. Una leyenda surgida muy pronto después de la muerte de Hildegarda quiere también que sus obras hayan sido examinadas en la que era entonces la capital de la teología: "*Per omnes magistros Parisienses et in theologia legentes sunt diligenter examinati*" ("Fueron atentamente

examinadas por todos los maestros de París y lectores de teología”). Esto hace referencia seguramente al hecho que se sentía la necesidad de confirmaciones por medio de la Universidad de París, que se estaba volviendo siempre más importante.

También Brígida llegó a encontrarse en una situación análoga; los manuscritos que contenían sus revelaciones fueron examinados en su patria por el más notable teólogo sueco de la primera mitad del siglo XIV, el maestro Matías de Linköping, y por él luego enviados a algunos obispos. En el período italiano de su vida, la carismática solía relatar enseguida (*statim*) sus visiones a sus dos confesores, someténdolas completamente a su juicio, *et omnes illas subiciebat eorum iudicio et discretioni*. Lo que ella misma apuntaba en idioma sueco, en la traducción latina no era ciertamente expresado siempre tal cual, y de ello es demostración una comparación de las pocas páginas de su redacción original con la versión latina. Brígida, habitando en Fama-gusta en ocasión de su peregrinaje a Tierra Santa, recibió de Dios la orden de entregar todos los libros de sus revelaciones al obispo Alfonso de Jaén, que debía explicarlos, interpretarlos y precisar su catolicidad: “*Omnes Libros Revelationum... elucidet, et catholicum sensum spiritus mei teneat*”

Catalina fue examinada por teólogos por lo menos cinco veces, y fue confiada a una guía espiritual excelente, es decir al beato Raimundo de Capua, O.P., teólogo y escritor, ya lector en el seno de su orden en Roma y en Bolonia, prior en Roma, *regens studiorum* en Siena, diplomático apostólico y predestinado a convertirse, después de la muerte de la santa, en General de los predicadores. La santa y el beato se encontraron en mayo de 1374, en ocasión del capítulo general en Santa María Novella en Florencia, al cual también la visionaria había sido invitada para que fuera —como parece legítimo suponer— examinada su ortodoxia. Pero el examen sin duda decisivo por parte de la Iglesia tuvo lugar en la residencia papal, por entonces en Aviñón. Arribando ella en calidad de mediadora oficiosa de la república florentina, entonces hostil a la política de la curia, el Papa la hospedó, en señal de respeto por la función de ella, en una bella casa con una rica capilla, asumiendo también los costos de su permanencia. Ya el primer día empero Catalina recibió la visita de tres prelados, uno de los cuales arzobispo, que inquirieron con rigor sobre sus visiones y su “discernimiento de espíritus”. No obstante los prelados expusieron sus preguntas con notable arrogancia —apostrofaron entre otras cosas a Catalina como *vilis femella, ipsam irritando mordacibus verbis* (“mujerzuela de poca monta, e irritándola con palabras morda-

ces”), se retiraron sin haber logrado encontrar en la italiana error alguno. El caso habría sido sin duda confiado a la Inquisición, si hubiese sido diferente el resultado de la conversación, por lo tanto, como dijera un médico personal del pontífice, ella “no habría hecho nunca un viaje peor” en su vida.

Estas consideraciones deberían dar una idea de las dificultades y oposiciones que las místicas medievales podían encontrar, tanto a causa de su sexo, como, más aún, a causa de sus revelaciones privadas, cuando no hubiesen quedado en su restringido círculo. Estas consideraciones deberían también recordar el control ejercido por la Iglesia oficial, al que las carismáticas estaban continuamente sometidas. No debería sin embargo conducir a un juicio unilateral, puesto que era la Iglesia misma la que aprobaba las revelaciones de las místicas, cuando estaban en la ortodoxia, y eran sus clérigos los que las divulgaban; era siempre la Iglesia la que les concedía la facultad de actuar, si bien, por razones teológicas y sociológicas, estuviese animada de desconfianza hacia esta parte de la humanidad, especialmente cuando se dedicaba a la profecía. A las mujeres dotadas de dones místicos se les ofrecieron en la cristiandad de Occidente posibilidades de influir sobre la Iglesia y sobre el estado, que iban mucho más allá de las que tuvieron las otras mujeres, a excepción tal vez de algunas reinas y princesas reinantes. Ello significa que también en esto el Medioevo se caracteriza justamente como “época de fe”, puesto que sólo por motivos religiosos —tal vez se debería decir: ontológicos— una sociedad profundamente machista se declaraba dispuesta a escuchar las palabras de las profetisas. Existía de todos modos el presupuesto necesario de que se mantuvieran dentro de la ortodoxia, como ésta en aquel entonces era concebida. El *modus procedendi* contra las herejes no se diferenciaba en nada del practicado contra los herejes; éste no preveía, por lo tanto, un tratamiento diferente dependiente del sexo, pero correspondía en modo caracterizante a la época y a la razón en cuestión. Las místicas de hecho eran mujeres que en la Iglesia y en su relación con ella no se quedaban silenciosas, y que con ella, prescindiendo de toda crítica ejercida, aún así se alineaban.

Este aspecto es particularmente evidente en Catalina, se podría suponer por su proveniencia social, de condiciones más bien modestas. La “Iglesia no es mas que el Cristo”, escribió una vez la santa, mientras un comentarista moderno afirma: “La Iglesia es el más grande amor de Catalina”. El Papa es para ella el “mi dulce papá”, su “dulcísimo”, etc. A él le debe obediencia absoluta: “Quién será desobediente a Cristo en la tierra, el que es la voz de Cristo en el cielo, no

participará de la sangre del Hijo de Dios". La autoridad terrenal no puede castigar a los clérigos indignos, lo pueden sólo el Papa y Dios.

A los ejemplos antes citados de crítica, dirigida a las místicas por parte de sus contemporáneos, se podría contraponer una más rica enumeración de testimonios que reflejan aprobación y devoción. La apreciación de las visiones de Hildegarda por parte del Papa Eugenio III es registrada hasta en la lejana Inglaterra. Léanse, por ejemplo, las cartas escritas a Hildegarda por altos prelados y abades, y se relevará un tono lleno de gran respeto. Los seguidores de Brígida llegaron hasta sostener que, cuando las Sagradas Escrituras fuesen perdidas, las revelaciones de ella alcanzarían para reformar todo el mundo católico. Como las otras dos mujeres, fue honrada ya en vida como santa, también Catalina, delante de la cual se ponían con humildad también altas personalidades, y por cuya presencia casi se destrozaban: así, por ejemplo, el arzobispo de Pisa, se dirige al General de la Orden de ella, rogándole que la hija carismática del tintorero pueda quedarse por más largo tiempo en su ciudad.

Fundamental es empero el hecho de que los escritos y las biografías de estas mujeres fueron transmitidos, divulgados y defendidos por hombres, y que ellas fueron proclamadas santas también por hombres, aunque estos últimos nutriesen tantos prejuicios contra el otro sexo. ¿Cómo podían estas mujeres ejercer una influencia tan grande sobre los contemporáneos y cuáles eran los fundamentos de su accionar en la esfera eclesiástica y en la civil?

## **II. Presupuestos de la acción**

### ***1. La personalidad***

No fueron pocas, en el Medioevo, las místicas que, a semejanza de las tres famosas de las que estamos hablando, recibieron también numerosas revelaciones divinas, sin por ello desarrollar una actividad en la Iglesia y en el Estado. Alpais de Cudot, Agnes Blannbekin, Matilde de Magdeburgo y sus hermanas visionarias en el monasterio de Helfta se dedicaron completamente o casi a sus visiones. Así debemos buscar los presupuestos de la acción de Hildegarda, Brígida y Catalina no solamente en sus experiencias visionarias, sino también, independientemente de éstas, claramente, elementos de características semejantes: la acción vigorosa, la prontitud en la iniciativa, la actividad, gran constancia en perseguir un fin, inteligencia superior a la media y buena formación religiosa. A todo esto se añadía la capa-

cidad de sugestión, tanto con la firmeza de decisiones, como fue el caso de Brígida, o con la atracción personal, como resulta para Catalina. Algunos episodios nos pueden servir de ilustración.

Cuando Hildegarda decidió trasladar su convento desde Disibodenberg a Rupertsberg, encontró la oposición de su abad, de las hermanas y de la población residente en los alrededores. Sin cuidarse de la resistencia de su superior espiritual, ella se dirigió enseguida, a través de la mediación de una noble conocida, al arzobispo de Maguncia, para quebrar la resistencia de los monjes de Disibodenberg.

Adquirió el terreno e hizo iniciar inmediatamente los trabajos de construcción, cuando todavía estaba vigente la prohibición decretada por su abad Kuno. A la llegada de éste, ella yacía en la cama inmóvil "como una roca" (*tamquam saxea rupes*). Buscaron de levantar el cuerpo o por lo menos la cabeza, pero inútilmente. Kuno terminó por retirarse. "Aún antes que cesara de resonar la palabra del abad, Hildegarda se levantó de la cama y se sintió completamente curada". Episodios similares no fueron tan raros en su vida. Todavía a los 80 años se opuso firmemente al clero de Maguncia, cuando se trató de la cuestión que si un excomulgado, que había sido sepultado en tierra consagrada en su monasterio, pudiera ser dejado allí. Antes que ejecutar la orden de exhumar al muerto, eligió cargar sobre sí misma la excomunión que azotaba a su comunidad. Y esto, a pesar de no ser una criatura llena de fuerza como Brígida, y no pasar siquiera un día sintiéndose en buena salud.

La visionaria sueca no fue, por su parte, menos resuelta: cuando el rey Magnus, cargado de deudas a causa de los excesivos gastos de la corte, intentó imponer un aumento injusto de los tributos, ella se presentó en la corte y ofreció al rey sus dos hijos varones como prenda, hasta cuando no hubiese pagado a sus deudores. Toda una serie de pasajes de sus revelaciones demuestra que Brígida estaba dotada de fuerte obstinación, y que se sometía en todo caso solamente, y difícilmente, a las órdenes de su confesor. Ciertamente, tanto ella como su ambiente eran continuamente conscientes de pertenecer a la alta nobleza sueca.

Un ejemplo de la atracción que Catalina ejercía sobre la gente emerge claramente de las conversiones de pecadores encallecidos y escépticos, que ella muchas veces obtuvo. Sólo un caso entre los tantos: Gabriel de Volterra, O.F.M., doctor en teología, Provincial de la Orden, predicador famoso —e inquisidor— vivía su propia vida de modo ciertamente distinto de cómo la había concebido el fundador de su orden. Su apartamento, como declaró uno de los testigos del proceso

de santificación, era de un lujo que habría sido excesivo hasta para un cardenal. Él se había propuesto someter a la santa, que él designaba despreciativamente *ista ignorans feminulla*, algunos *teologu-mena*, y se aseguró para ello la asistencia de un teólogo de Oxford. Los dos prelados comenzaron a hacer preguntas “como leones feroces”. El resultado fue que el fraile entregó las llaves de su apartamento a dos de los presentes, rogándoles que regalaran todo cuanto poseía, excepto el breviario, y vivió desde entonces sirviendo en el refectorio de sus cofrades en Florencia. A esta joven mujer no le faltaba ciertamente el coraje personal, como demuestran, por ejemplo, sus impávidas palabras en la corte pontificia de Aviñón, cuando no vaciló en decir en la cara del jefe de la Iglesia que su corte no olía a paraíso, sino a infierno. Es fácil imaginar el shock de Raimundo cuando tuvo que traducir esta denuncia, hecha en base a informaciones obtenidas escrutando los corazones acerca de la corrupción que se propagaba entre los cortesanos y los cardenales. También los acontecimientos del año 1378 demostraron la “virilidad” de Catalina (para usar la expresión por ella preferida), cuando en Roma se enardecía la lucha entre los sostenedores de Urbano VI y los de Clemente VII. En una precedente carta Catalina había ofrecido a Urbano ir con él al campo de batalla y combatir por la verdad hasta la muerte. Urbano la llamó a sí y ella fue a Roma, sin cuidarse del asedio al que estaba sometida la ciudad. Catalina no habría tenido miedo ni siquiera de partir con su “bella brigada” para la cruzada —“y después de la paz vamos todos en bella brigada sobre los Infieles”— es más, era ésta una de las aspiraciones para ella más queridas.

## 2. *El carisma*

La fuerza de carácter de estas mujeres no habría en verdad nunca alcanzado a permitirles ejercer la influencia que efectivamente ejercieron. Hildegarda y Brígida legitimaban casi siempre su actividad con las revelaciones que recibían, y también Catalina se remitió continuamente a éstas. Muchísimos son los episodios recordados en las fuentes que confirman esto; bastará mencionar alguno de ellos. La visionaria de Rupertsberg inicia a menudo sus epístolas admonitorias con fórmulas como: “Aquél que es, habla”, “La fuente de agua os llama”, “Aquél que da la vida a los vivientes habla”, “La luz viviente me confió para tí las palabras siguientes”. Con ello la responsabilidad por el contenido de las misivas, muy a menudo particularmente crítico, es transferida expresamente por la visionaria a aquella su-

prema instancia contra la cual no es legítimo apelar. Este aspecto emerge con toda claridad de una carta al obispo de Bamberg, Eberardo, que contiene una precisa enseñanza teológica, y que suena expresamente: "Oh padre, yo mísera he dirigido ahora mi mirada hacia la verdadera luz. Es por ello que he visto en la verdadera visión, y que he oído y me ha sido mostrado..., yo te transmito ahora aquí a ti: pero no con mis palabras, sino con las de la verdadera luz, que nunca falla": "*Non verbis meis, sed veri luminis, cui numquam defectus est*".

De la vida de Brígida resulta recurrentemente que su actividad en la Iglesia y en el espacio está ligada a las revelaciones recibidas. Habiendo ella ya pasado en Alvastra un año de retiro, el Señor le ordenó improvisamente que fuera a la corte real. La voz celestial no le había dicho empero qué debiera hacer, una vez llegada allá, sino solamente: "No te preocupes, Brígida, de lo que deberás hacer y decir en Estocolmo, porque, cuando estarás frente al rey, pondré sobre tus labios mis palabras y te sugeriré qué deberás decir". Acompañada por sus hijos, traspuso el ingreso del castillo, alcanzó los apartamentos del rey, siempre sin saber qué habría debido hacer allí. Pero he aquí que brotó entonces de sus labios la profecía de los castigos divinos pronunciada contra los suecos: "con la espada y la lanza, en su ira", Cristo visitará a este pueblo, si no se humillara. También la orden de dejar la patria, que no debía volver a ver más, y de ir a Roma, le había venido en una audición.

Las cartas de la mística senesa pueden parangonarse, bajo este aspecto, a las de Hildegarda, a pesar de que parece que no pocas de éstas hayan sido escritas sin una orden transmitida directamente con una visión. Así responde una vez al papa "de parte de Cristo crucificado", escribiéndole: "Perdonad la presunción con la que os he dicho y os digo esto; a decirlo estoy obligada desde la primera dulce verdad, su dulce voluntad es, y dice, que vos vengáis a Roma". También que dirigiera su atención a los problemas terrenales era consecuencia de un expreso mandato del Señor, que le revelaba querer mandarla *ad publicum*.

### **III. Modos de la acción**

#### **1. La oración**

Si tuviésemos la posibilidad de preguntarles personalmente a estas tres mujeres cual medio hubieran indicado como el más eficaz para actuar sobre otras personas, su probable respuesta hubiera sido concordante: la oración. Su oración era requerida continuamente por otros, y esto pedían ellas mismas a los demás.

El emperador Federico Barbarroja estaba tan seguro de la gran ayuda de las oraciones de Hildegarda que le rogó –y con ella a sus hermanas– que, “mientras nosotros estamos empeñados en las cosas terrenas”, suplicaran ellas al cielo por él. Esta arcaica asignación de roles, por la cual a monjas y monjes les tocaba no solamente orar por las personas del mundo, sino, prácticamente, hasta en nombre de ellas, fue uno de los presupuestos fundamentales del desarrollo del monacato en el Medioevo.

A Brígida también le fue dirigido el requerimiento de componer ella misma oraciones, y esto hizo, por ejemplo –señal de la difusión de la piedad entre los laicos–, aquél que luego fue el duque de Spoleto, Gómez Albornoz.

También Catalina, hacia 1374, recibió el pedido del Papa Gregorio XI, que le fue transmitido por el primer confesor de Brígida, Alfonso de Jaén, de su *specialis oratio*, de su oración especial, por la cual obtuvo la indulgencia papal.

## **2. Contactos directos**

El aspecto fascinante de estas personalidades se manifestaba sobre todo, como puede comprenderse, cuando se tenía la ocasión de encontrarlas directamente. Según la biografía de Hildegarda, afluían a ella desde Alemania y desde Francia masas de gente en busca de consejo y de sanación, entre ellos también, más de una vez, judíos. No solamente en las conversaciones privadas la santa se dirigía a sus correligionarios, sino –inaudito para una benedictina del Siglo XII– también en los discursos públicos, en la predicación. Ella comparecía no solo delante de monjes y monjas, sino también delante de clérigos y laicos, como acaeció en Maguncia, Würzburg, Bamberg, Treviri, Metz, Colonia, Maulbronn, Kirchheim unter Teck, Hirsau y Zwiefalten. En una carta al clero de Colonia ella lamenta, a propósito de sus propios discursos de admonición: “Yo tímida y mísera he sido obligada por la fuerza, por nada menos que dos años, a ir a exponer personalmente esto, en la presencia de maestros, doctores y otros doctos, en las importantes sedes en las que tienen asiento”.

Análogamente, santa Brígida no sólo acostumbraba dar consejos a cada persona, sino también predicar en público. Parece que, en correspondencia con su rango, haya hecho escuchar su palabra sobre todo en presencia de los grandes de este mundo. En Chipre ella misma profetizó los inminentes castigos de Dios. En Nápoles, delante del alto clero y de los ciudadanos de clase elevada, hizo leer en su presen-

cia, por su propio confesor, las revelaciones concernientes a esa ciudad. Sus palabras eran sobre todo amenaza: "Ella aterroriza cuando habla del juicio final. Sus descripciones del purgatorio hacen temblar hasta al más santo entre los fieles".

Parece que Catalina haya ejercido su influencia sobre todo en las conversaciones de grupos restringidos. De esto han sido legados numerosos ejemplos. Sin embargo, durante sus viajes, no faltaron ocasiones en las que, de a miles, acudían a ella personas para escuchar su palabra y para confesarse con los sacerdotes que la acompañaban, y a los cuales el papa Gregorio les había concedido una especial licencia para confesar. Ciertamente que contribuía a esta afluencia también la voz de que la sienesa cumpliera milagros. Que ella predicara, en particular la cruzada, es cosa de la cual da fe también Juan de Celle: "La Catalina santa predica que vayamos más allá del mar", al fin, había tenido desde niña el proyecto de vestirse de hombre para poder ser admitida en la orden de los dominicos.

### 3. El círculo

Un instrumento lleno de entusiasmo, que se pondrá a disposición para ejercer influencia sobre Iglesia y estado, fueron los grupos que se formaban alrededor de las carismáticas, les contaban a otros sobre ellas, registraban o difundían sus escritos. Por lo general los colaboradores de santa Hildegarda quedaron en segundo plano; Richardis, Volmar, Gottfried, Ludwig e Wibert parecen haber quedado confinados al rol de secretarios, y las hermanas de Hildegarda son mencionadas raramente en su biografía y en sus obras.

Al quedar viuda, Brígida estaba continuamente rodeada, particularmente durante su estadía en Italia, por sus confesores, como también por otros seguidores y parientes. Entre éstos había un obispo, Alfonso del Pecha de Jaén, que debía ser más tarde quien redactara sus *Revelationes*.

Sabemos cuanta sugestión el confesor de Brígida, Matías de Linköping, logró conferir al relato (en sueco antiguo) de la primera visión de ella, aumentando, con su autoridad de docto, su credibilidad: "*Jak mathias kanunker aff linkopunge kwnnughar allum mannum maeth thaenna skript with guz sanninth, that jak a skriptamale horthie af Enne guthleko maenniskio*" "Yo Matías, canónigo de Linköping, participo a todos los hombres, con este escrito, la verdad divina, que he oído confesando a una amiga de Dios". es decir a Brígida.

La "bella brigada", la "familia" de Catalina, donde la santa, no obstante su juventud, era llamada con respeto y amor "madre", era famosa, y se componía no sólo de mujeres, en calidad de monjas. Cuando partió para Aviñón, por ejemplo, Catalina estaba acompañada por nueve hombres y sólo tres mujeres, a Roma fueron con ella dieciséis hombres y ocho mujeres. "Logró crear rápidamente alrededor de sí esa atmósfera de simpatía espiritual, a la que fueron atraídas las almas más generosas y sinceras de sus conciudadanos, que constituyeron su famoso cenáculo. Ella acogió allí a poetas, artistas, hombres políticos, magistrados, religiosos..." que a menudo eran miembros de familias conspicuas de su ciudad natal. De este círculo, en el que no sólo se oraba, sino que se leía también a Dante, formaban parte, entre otros, hombres como Andrés Vanni, pintor y político, y el poeta Neri de Landoccio de los Pagliaresi. Claro que ella recibía de este círculo numerosas informaciones acerca de los acontecimientos políticos, con respecto a los cuales tomaba posición.

#### ***4. Fundación de conventos***

También la fundación de nuevas comunidades claustrales podía convertirse en un medio para perpetuar y difundir los modelos de vida espiritual que estas mujeres pías ofrecían.

Hildegarda, en verdad, consagrada como oblata, ya desde niña, a la vida religiosa, había sido puesta en una ermita reservada a mujeres de noble linaje, que pronto debería convertirse en un gran convento. Pero ya hemos hecho referencia a la gran independencia con la que ella dispusiera el traslado de Disibodenberg a Rupertsberg. Además, en 1165, había fundado en Eibingen cerca de Rudesheim una dependencia de su monasterio, demasiado pequeño para acoger a las numerosas postulantes que deseaban ser admitidas allí.

Brígida hasta creó una nueva orden, "Ordo Sanctissimi Salvatoris". Precisos detalles tanto para la disposición de los edificios, el diseño del vestido y el número de las religiosas, como para el desarrollo de la jornada y la organización, le habían sido comunicados en la visión. Vadstena, el castillo del que provenía la estirpe real de los Folkunger, se volvió el centro desde el que la Orden de las Brigidinas se difundió en toda Europa.

Menos conocido es el hecho de que también Catalina fundó para sus seguidoras un convento, Santa María de los Ángeles en Belcaro sostenido por el Papa y por la ciudad de Siena.

## 5. Cartas

Consejos, palabras de consuelo, críticas y profecías son el contenido de las numerosísimas cartas que estas carismáticas redactaron. Estas misivas estaban dirigidas individualmente a personas o a determinados grupos, como por ejemplo el clero de una diócesis; pero, como muy a menudo las cartas del Medioevo, estaban escritas ya *a priori* en vista de la publicación. De Hildegarda hemos tenido más de trescientas cartas, probablemente hasta muchas más. Están dirigidas a los papas, príncipes de la Iglesia, monjas y monjes, al emperador, a reyes, a un duque y a otros laicos.

También la visionaria sueca dejó, en forma de epístolas, sus profecías grávidas de amenaza para diferentes categorías sociales de la cristiandad, pero nos han llegado muy pocas.

El más rico epistolario es sin embargo el de la santa de Siena: cerca de 380 cartas tuyas se conservan aún hoy, una parte claro de lo que debió ser en un tiempo. Aunque fuesen frecuentes las relaciones epistolares por ella establecidas, su preferencia se inclinaba sin embargo a la acción personal directa.

## 6. Escritos de revelaciones divinas

A pesar de estar las revelaciones de las místicas muy a menudo contenidas en su correspondencia, es en sus grandes libros de revelaciones donde sobre todo las encontramos. En las visiones cósmicas de *Scivias*, Hildegarda expone la historia de la salvación del género humano, en el *Liber vitae meritorum* la doctrina moral, en el *Liber divinorum operum* los misterios de la naturaleza.

Las *Revelationes* resumen lo que Brígida sabía de Dios y del mundo y que debía comunicar a los hombres. Algunos libros están dedicados a particulares temas: por ejemplo el III (1-34) trata de la justa conducta de vida y del oficio del clero, el VIII contiene un manual para el príncipe.

El *Libro de la Divina Providencia* de Catalina contiene los mensajes transmitidos por el Señor al alma, a la que le enseña el camino a seguir para pasar desde el temor de Dios al amor hacia Dios, a través del puente constituido por el Señor Jesús.

Estos escritos bastante amplios no sólo fueron ya en su tiempo leídos y discutidos, fueron también divulgados a través de la lectura en los refectorios y la predicación. El *Liber vitae meritorum* de Hildegarda, aún en vida de ella, se convirtió en argumento de lectura en refectorio de algunos monasterios de monjes benedictinos, mientras

que sus libros debieron quedar por largo tiempo desconocidos en el curso sucesivo del Medievo. Lo opuesto vale para las obras de Brígida y Catalina, como lo demuestran aún solamente la tradición manuscrita y las traducciones. Ya hemos citado el parecer de apasionados lectores de Brígida, según los cuales sus escritos habrían podido substituir a la Biblia, y ya en 1350 el contenido de sus revelaciones sobre las tribulaciones que les sobrevendrían a los suecos impenitentes eran anunciadas en muchas iglesias desde el púlpito: "*Predicabatur coram populo in multis parochialibus ecclesiis... quod beata Brigida prophetauerat el predixerat magnas tribulaciones*".

#### **IV. La esfera de influencia**

¿Cuál fue el radio de acción de estas místicas? Se pueden distinguir diversas esferas de influencia: en primer lugar la más estrechamente cercana, constituida por el propio grupo, por el propio monasterio. En un pasaje de la *Vita* de Hildegarda encontramos referencias al hecho que tampoco en Rupertsberg todo era armonía y solidaridad, lo que debería hasta maravillarnos, en el caso de una maestra de una tan fuerte voluntad como era esta carismática: Hildegarda es citada directamente, y relata que los espíritus malignos "se habían adueñado de algunas de mis nobles hijas, con diferentes vanidades, como con una red. Yo sin embargo, siguiendo una orden de Dios, las rodeé y las fortalecí con las palabras de la sagrada Escritura y con la disciplina de la Regia, y también con una buena norma de vida; aún así algunas de ellas me criticaban secretamente en sus conversaciones y me miraban mal, sosteniendo luego que no podían resistir el insoportable ladrido de disciplina y de Regla con que quería tenerlas atadas". Consolación ella recibió sin embargo de sus "buenas y sabias hermanas", aún si a menudo debía darse cuenta de la oposición. Aquí vemos entonces a la mística en el tentativo de imponer la Regla en su estrecho círculo. No parece empero que, a diferencia de Brígida, se haya valido de lo que sabía sobre la futura salvación del alma de las monjas.

De Brígida y Catalina se puede decir algo semejante, con respecto a los grupos a los que respectivamente se dirigían. La princesa sueca se ocupaba sobre todo de los peregrinos que llegaban a Roma desde Escandinavia. Entre éstos una vez estaba también su hija Catalina, que ella intentó asociar a su propio grupo, y al tentativo no le faltó crueldad, puesto que la muchacha prefería grandemente volver a su propia patria y a su propio marido, y también sobre esto Brígida tuvo revelaciones. La Catalina de Siena, como miembro y sucesiva-

mente jefe de las monjas de su comuna, realizó innumerables obras de caridad para las hermanas y para otras mujeres de la ciudad. Conocida es, por ejemplo, la dedicación con la que cuidó a algunas viejas señoras, las cuales por gratitud la ofendían y la calumniaban.

Otro campo para acciones carismáticas se podría describir estudiando los itinerarios recorridos durante los viajes. Un mapa de la difusión de la acción personal de Hildegarda comprendería un eje norte-sur desde Utrecht a Estrasburgo, y uno oeste-este desde Maguncia a Bamberg y Ratisbona. Claro está que el centro de su actividad fue Renania. Esto vale también para la acción que ejerció con sus misivas, medio con el cual ella llegó empero más lejos: intercambio escritos con el obispo Enrique de Beauvais, el obispo Daniel de Praga, el obispo Eberardo de Salzburgo, escribió a la reina Berta de Grecia, a la reina Eleonora de Inglaterra, al rey Enrique de Inglaterra, al duque Mateo de Lorena, etc.

Brígida recorrió realmente gran parte del mundo conocido, de Suecia a Roma, de Roma a Nápoles, Chipre, Tierra Santa. Doquiera actuó difundiendo sus revelaciones. Siendo princesa de sangre real, intentó influenciar, con la fuerza de su carisma, también a sus pares, en distintos países de Europa. Fue así que envió a un obispo sueco, el beato Hemming de Abo, con el encargo de ser mediador entre Francia e Inglaterra durante la guerra de los cien años, a la que ella quería poner fin concertando un matrimonio. Tenía también sin embargo planes menos pacíficos, sobre todo en su patria: desde Roma la *principissa Nericiae* intentó hacerle perder el trono al rey Magnus, consanguíneo suyo, del que había sido en un tiempo primera dama en la corte. Parece que habría puesto a su propio hijo y a su yerno en contra del soberano, en efecto discutible, y que habría proyectado un cambio de dinastía en favor del primero. Su programa subversivo de 1361 estaría contenido en los pocos fragmentos autógrafos que han quedado de ella, y *varit avsedd alt omedelbart användas som agitationsskrift* (se considera que haya sido usado en lo inmediato como invitación a la rebelión"). El texto, que ha sido definido en *hensynlös agitationsskrift, som under sitt religiosa hölje kännetecknas av partisinne, person animositet, en god portion härsklystnad och i det hela krasst jordbundna motiv* ("un despiadado escrito subversivo que, bajo las apariencias religiosas está connotado de parcialidad, animosidad personal y de una buena dosis de deseo de poder y, substancialmente, de motivos marcadamente terrenales"), no es de todos modos para nada una ocurrencia intencional de la visionaria, sino que son las palabras de la reina del cielo a ella. Se trata, según María, de *til jdar*

*rikis stykilse mote guzs o vinum aendelekum oc likamelekum !* (“reforzar vuestro reino contra los enemigos espirituales y materiales de Dios”), darle fuerza al reino sueco contra los enemigos espirituales y materiales de Dios. Para este fin, quien recibía el mensaje debía recaudar dinero. Parece que muchas cosas de este nivel hayan sido efectivamente acogidas por la nobleza sueca en revuelta, de todos modos Magnus fue depuesto y hecho prisionero. Frente a una revelación tan evidentemente producida por un interés no solamente religioso, podría tal vez recordarse una frase del jesuita Karl Rahner, en la que afirma que “la acción divina no proporciona garantía alguna de que el contenido imaginario de una aunque “verdadera” visión no esté code-terminado por la índole del visionario, hasta el punto que en tal contenido no influyan también error histórico, distorsión teológica, falsedad, parcialidad, mal gusto”.

También Catalina influyó mucho más allá del círculo de sus terciarias o de su ciudad, aún si su itinerario se desarrolla sólo entre Siena, Aviñón y Roma. Ella escribió a los gobernantes de Pisa, Lucca, Milán y Florencia, al rey Carlos V de Francia y a la reina Juana de Nápoles. Buscó también de inducir, en nombre de Jesucristo crucificado, a John Hawkwook, alias Giovanni Acuto, el más temido militar de su tiempo, a no vejar a las comunas circundantes, y a dirigirse en cambio —como expiación de sus delitos— a Tierra Santa, reconquistándola para la cristiandad. Acuto se lo prometió con carta y sello, y continuó sin oposiciones su devastación de Italia.

Sin embargo el campo de acción más vasto en que estas mujeres se habían propuesto actuar estaba representado por la cristiandad toda. Por ello las tres se dirigieron repetidamente al Papa, vicario de Cristo en la tierra. Se trababa para ellas sobre todo de reformar la Iglesia, de acercar la Iglesia militante en la tierra a la triunfante en el cielo. “Tu por lo tanto, que eres llamado el mayor pastor después de Cristo, concede luz a quien está en lo alto, azota a quien está en lo bajo. Da órdenes a quien manda, disciplina a quien es súbdito... La pobre criatura que yo soy tiembla, hablando con palabras resonantes a un tan grande maestro. Sin embargo, dulce Padre, es el Antiguo, el glorioso Defensor quien dice esto. Por lo tanto escucha: del Juez supremo te es conferido el encargo de... desarraigar y alejar a los tiranos y a los despiadados”. Es sólo uno entre los tantos ejemplos de cartas enviadas por Hildegarda. Uno de sus escritos se dirige *ad saeculares homines*, a los laicos de toda la Iglesia católica, y enumera todos los fines que ella se propone.

Brígida recibe sus visiones expresamente no para ella sola, “sino para salvación de todos los cristianos”. Su acción principal en su fa-

vor era el compromiso para el retorno del Papa a Roma, para ella necesariamente ligado a esta salvación; para ello no tenía temor de escribir terribles palabras de amenaza al jefe de la cristiandad: si no hubiese vuelto —así, por ejemplo anunciaba a Gregorio XI— “probaría el bastón de la justicia, los días de su vida serían abreviados, y él sería llamado al juicio. Las autoridades terrenales no le podrían ayudar en nada, ni los médicos, y hasta el buen aire de su tierra natal no le prolongaría la vida”. La revelación sucesiva de Brígida, contenía hasta un plazo preciso dentro del cual el Papa debía estar de regreso en Roma, pero una vez más en vano. El beato Urbano V había escuchado sus admoniciones, pero luego había dejado nuevamente la Ciudad eterna, por lo cual —cosa de la que Brígida ya había experimentado en el éxtasis— perdió pronto la vida.

La santa escandinava y la italiana son ciertamente similares en esto de intentar con tanta firmeza alejar el papado de Aviñón y de volverlo a llevar a su lugar de origen. Cuatro años después de la muerte de Brígida, Gregorio volvió a Roma, y en esto la insistencia de Catalina significó para él, de todos modos, un sostén moral. Pero la animaba paralelamente la necesidad de reformar la jerarquía: el Papa debía arrojar del jardín de la santa Iglesia las “flores malolientes”. “Mi alma anhela que Dios os transforme en otro hombre (*«riformivi in uno astro uomo»*), o sea os anime con un ardiente deseo de reforma”, escribía Catalina al Papa. Ella no deseaba otra cosa que ver honrado a Dios, la paz y la reforma de la Iglesia, y la vida de la gracia en cada criatura dotada de intelecto. No obstante había aún otro pensamiento central que concernía a la cristiandad entera, y por el cual ella se sentía profundamente fascinada: la cruzada. La cruzada, “el santo y dulce pasaje”, era vista por la santa (como en su tiempo por Bernardo de Claraval) sobre todo como un medio para la pacificación de la cristiandad”. “Haced heced heced paz, y toda la guerra mandad, sobre los infieles” era su apasionado consejo. Con esto ella pensaba en la posibilidad de catequizar a los infieles y ¿por qué no?, de sufrir el martirio. Y con gran entusiasmo hubiera participado en persona.

## **V. La mujer como tal en las reflexiones de las místicas**

Si estas mujeres pudieron actuar políticamente en un mundo en el que tal actividad, normalmente, no le era concedida a su sexo, nos preguntamos en que medida su comportamiento pudiera apoyarse, presumiblemente, también en una particular consciencia de ser mu-

jer, o más bien, en qué medida sus dones carismáticos la hicieran nacer. ¿Como se presenta, para Hildegarda, Brígida y Catalina, la temática de su propia femineidad? Los testimonios relativos a tal cuestión son contradictorios. Por un lado, cuando las místicas afrontan conscientemente este tema, demuestran tener ampliamente internalizada la ideología del sistema patriarcal, no poniendo en cuestión ni la inferioridad ni la consiguiente subordinación de la mujer al hombre.

Con respecto a Hildegarda, sor Maura Böckeler O.S.B. escribe que de las recurrentes definiciones de sí misma como “simple criatura”, *simplex homo*, o “mísera forma de mujer”, *paupercula muliebris forma*, aflora “la marcada hesitación para traspasar esos confines que, en el Medioevo, le eran puestos a la mujer”. Elisabeth Gössmann observa que la mística hace propia, con estos epítetos, “la imagen femenina de su época patriarcal, para invertir su polaridad en el sentido de la verdad bíblica, según la cual Dios no elige a aquellos que en el mundo son poderosos y respetados, sino a los débiles, para hablar a la humanidad por medio de ellos”. De hecho esta expresión bíblica podría haberle dado seguridad a la Santa, habiendo debido ella hacer la experiencia de ver que sus visiones no eran aceptadas, justamente “porque venían de una pobre e inducida criatura, que ha sido creada de la costilla”, pero también esta interpretación presupone que ella considere justo que se conciban a las mujeres como sexo más débil. Sería demasiado simple liquidar estas fórmulas como lugares comunes de la modestia, privados de importancia. Explicarlas como expresiones irónicas no tiene en cuenta el hecho de que la *humilitas* era también una virtud fundamental del compromiso monástico con la cual también Hildegarda estaba comprometida, y que definía como “el bien más dulce en la altura de Dios”. Palabras como: “*Ego, misera et plus quam misera in nomine femineo*”. Yo, mísera y más que mísera en mi ser mujer—en su carta a san Bernardo, no pueden ser consideradas como indicio de una revalorización, aunque fuera *aún in nuce*, de la mujer. Como tampoco es posible negar el hecho que Hildegarda use el adjetivo *muliebris*, “femenino”, muy a menudo en sentido peyorativo. Así ella escribe acerca de un desagradable tiempo de caracteres femeninos, *squalidum tempus muliebris formae*, su tiempo es para ella “frívolo como una mujer”, *tempora... velut in muliebri persona, levia*; una criatura humana, que quiera ser considerada fiel, que aleje de sí la debilidad femenina y que se empeñe buscando obtener una viril fortaleza, aunque mansa: *Homo, qui fidelis esse desiderat, mulie-*

*brem levitatem abiiciat, atque virilem fortitudinem in specie mansuetudinis studiose quaerendo arripiat, etc.*

Análogamente no es tocada la jerarquía hombre-mujer: llena de debilidad ella lo mira a él, para ser por él atendida; como la luna recibe su fuerza del sol, así la mujer está sometida al hombre y debe estar siempre lista para servirlo, *mulier debilis est, et ad virum aspicit, ut per eum procuretur, quemadmodum luna fortitudinem suam a sole recipit, ideoque et viro subdita, et ad serviendum parata semper esse debet*. Es difícil interpretar este *debilis* en positivo, teniendo en cuenta que débil fue también la carne de Cristo, con la cual él rescató al mundo puesto que Hildegarda ve justamente en esta característica la razón por la cual le es más fácil al diablo seducir a una mujer. Mas adelante la carismática pone en paralelo y justifica el temor reverenciar de la mujer con respecto a Dios con él respecto al hombre: *“Deus feminam ita constituit, ut timorem ad ipsum, tzoorem etiam ad virum suum habet. Unde justum est quod mulier semper timida sit”*. Volveremos más adelante sobre la continuación de este pasaje.

Por lo que respecta al sacerdocio, Hildegarda precisa que éste debe quedar prohibido a la mujer, puesto que Dios le revela: *“Etiam nec feminae ad idem officium altaris mei debent accedere, quoniam ipsae infirmum et debile habitaculum sint, ad hoc positae ut filios pariant”*, “puesto que son un poco seguro, débil habitáculo, y creadas para parir hijos”. Y las vírgenes y las viudas, en todo caso, toman parte del oficio divino a través de Cristo. Puesto que hombres y mujeres deben necesariamente distinguirse, con excepción de casos de peligro de muerte, por el modo de vestirse, que debe ser específico de su sexo, “el hombre que muestre por dicho medio su fuerza viril, y la mujer su femenina debilidad, pues yo lo he así establecido desde el inicio del género humano”, *scilicet ut uir virilem fortitudinem in se demonstret et ut femina femineam infirmitatem in se ostendat, quoniam hoc ab inicio humani generis ita in dispositione mea est*, “por ello no puede acercarse a mi altar y servirlo, porque ella no tiene la apariencia de hombre ni en los cabellos ni en el vestido”, *ideo etiam ad officium altaris mei non accedet, quia virilem personam nec in capillis nec in vestitu suo demonstrabit*.

Por lo que concierne a Brígida y Catalina, debemos observar que no solamente los hombres de su ambiente sino ellas mismas experimentaban una sensación de maravilla y embarazo por el hecho de que justamente ellas, a pesar de ser mujeres, hubieran sido elegidas por Dios como nexos de revelaciones. Así, cuando el papa Gregorio XI

pretendió un señal comprobante de que era realmente Dios aquél que lo llamaba de regreso a Roma mediante los mensajes de Brígida, la respuesta le vino a través de una nueva visión, en la que el Señor indicaba entre otras cosas a la santa que ya el hecho de haberse milagrosamente dirigido a una mujer debía ser considerado como comprobación de la intervención divina. En una revelación destinada al emperador, Cristo dice: "Si me place, manifiesto mi palabra concerniente a admonición y misericordia hasta por medio de una mujer". A pesar de las revelaciones recibidas, a veces Brígida manifiesta sin embargo una cierta inseguridad y miedo de ser objeto de burla por parte de los ciérigos. Seguramente la santa misma parece considerar mayor impedimento su propia naturaleza pecaminosa y sus propios lazos con el mundo, que la pertenencia a su propio sexo.

Santa Catalina, en una primera fase de su vida de gracia, habría abandonado el siglo para concentrarse totalmente en sus visiones; pero Cristo le recordó su propio mandamiento del amor al prójimo, ordenándole por lo tanto actuar en el mundo. Catalina se plegó a la voluntad divina con estas profundas palabras: "Hágase en todo no la mía, Señor, sino tu voluntad, puesto que yo soy las tinieblas y tu la luz, yo soy la nada pero tu eres aquél que es ... Pero sin embargo te pregunto, Señor, si no pregunto demasiado, ¿cómo podrá suceder lo que tu dijiste, o sea que yo, mísera y totalmente frágil, pueda ser un bien para las almas?". *"Sexus enim contradicit, ut nosti, ex pluribus causas: tum quia contemptibilis est coram hominibus tum etiam quia honestate cogente, non decet talem sexum cum sexu alio conversari"*. Esto no es posible a causa del sexo, como sabes, por varias razones: por un lado porque es despreciado entre los hombres, por el otro porque, por la ley de la honestidad, no se conviene que este sexo tenga familiaridad con el otro". Catalina expresa aquí plenamente un carácter estereotipado de la cultura medieval, es decir la limitada posibilidad de acción de las mujeres, estereotipo dominante en Italia también en el primer Renacimiento. Sin embargo Cristo pondría en fuga sus titubeos con una cita paulina! Mientras Hildegarda usa el adjetivo "femenino" en sentido negativo, Catalina usa por su lado su adjetivo "femenino" en sentido positivo: "viril" es su palabra de incitación preferida, a la que recurre nada menos que 381 veces en sus cartas. Amonestando a la reina de Nápoles, la visionaria la acusa de tener: "no condición de hombre con corazón viril, sino de fémina sin ninguna firmeza o estabilidad, como fémina que da vueltas cual hoja al viento". Esta sentencia, que ciertamente no puede considerarse favorable

al sexo femenino, es para nosotros sorprendente, justamente en una mujer que fue una excepción a esta regla, pero demuestra como fueron internalizados los estereotipos masculinos, a los cuales, en el Medioevo, ni siquiera una santa y visionaria podía ni quería sustraerse. También una mujer debía, según la concepción ideal de ella, imitar el "modo de ser masculino", mostrar "virilidad".

Pero relevemos por otra parte también otras componentes del pensamiento y de la acción de estas carismáticas, que demuestran como éstas pudiesen también considerar desde un punto de vista positivo su propio sexo. Me parece que Michaela Pereira ha evaluado con justeza, desde este punto de vista, a Hildegarda: "Hildegarda no hace "feminismo" no reivindica, por ejemplo, ningún cambio en la condición femenina..., pero subrayara la importancia que la mujer asume como miembro de la pareja conyugal, y afirma al mismo tiempo la igualdad de la dignidad de hombre y mujer". "Dentro del tradicional rol jerárquico que Hildegarda no llega nunca a poner en discusión explícitamente, el espacio de la mujer adquiere un relieve esencial para la vida de la pareja". En verdad, es justamente la doctrina de la monja de Rupertsberger concerniente al matrimonio y a la procreación la que suena para nosotros los modernos, como muy progresista; ya se ha hablado de una "teología del sexo completamente positiva". En todo caso la carismática describe la sensibilidad femenina respecto de la sexualidad con una participación por otra parte desconocida en el Medioevo. Para un cuadro de la vida conyugal, en el que es subrayada la interdependencia entre marido y mujer (sin negar el rol dominante del primero), basta citar solamente este hermoso pasaje de su *Liber divinorum operum*, una reflexión desde y de 1Cor 11, 11: "Marido y mujer están tan recíprocamente unidos, que la obra de uno se realiza a través del otro, puesto que el marido sin la mujer no podría ser llamado marido, y la mujer sin marido no podría decirse mujer. Ésta tiene necesidad del marido, y el marido es una consolante visión para la mujer, y ninguno de los dos puede ser sin el otro. Y el marido significa la divinidad, la mujer en cambio la humanidad del Hijo de Dios". Justamente la última frase saca a luz la insoluble y necesaria complementariedad que, en la jerarquía que de todos modos permanece, la visionaria tiene en mente.

En el pasaje anteriormente citado, que contiene la metáfora del sol y de la luna, se lee también que el hombre, en su desnudez, fija la mirada en la mujer para ser revestido de su "*scientia*", por lo tanto de algo positivo, de lo que tiene necesidad otro pasaje continúa con una loa a las mujeres castas.

Brígida, en su Regla de la orden, manifiesta una tendencia a equiparar a los dos sexos: en efecto, la orden brigidiana se componía no sólo de monjas, sino también de curas, todos sometidos a la dirección de una abadesa (recuérdese a Roberto d'Arbrissel); su elección empero debía realizarse en acuerdo con el obispo de la diócesis. La santa, en verdad, temía mucho no encontrar hombres dispuestos a estar bajo la autoridad de una abadesa. La orden, fundada en honor de la Virgen, estaba formada por 60 monjas, 4 diáconos, 8 frailes laicos (alcanzando así el número de 72 discípulos de Jesús), y además por 13 sacerdotes, correspondientes a los 13 apóstoles, mientras la abadesa representaba simbólicamente a María... El lugar de Cristo era cubierto en cierto sentido por el obispo, al que le competían las funciones de "conservator" y de "visitor". Una particular importancia le fue asignada, al oficio mariano, a través del cual (según la interpretación de Emilia Fogelklou) debería haber nacido, en la consciencia de las monjas, un sentimiento de pertenencia a la Virgen, sentimiento que habría debido compensar el sentido de inferioridad que las mujeres, como tales, tenían. También acerca de la relación entre los sexos en el matrimonio la mística sueca se había hecho una opinión, llegando a conclusiones que en parte no son disímiles de las de Hildegarda. Por un lado ella justifica, con muchos ejemplos tomados de la Biblia, la subordinación de la mujer, por el otro describe también ella un recíproco tener necesidad el uno del otro (pero entre esposa y esposo como alegorías del alma y de Dios) y (en acuerdo con el derecho canónico) subraya que para el matrimonio es necesaria la libre voluntad de la muchacha: *det gar inte att säga vilken av dessa motstridiga tanke-ganger som ligger Birgitta närmast om hjärta* ("no se puede decir cual de estos dos modos de pensar, entre ellos contradictorios, esté más cerca del corazón de Brígida"). Para Brígida no debieron ser de todos modos entre ellos contradictorios, como no lo fueron para Hildegarda.

Volvamos a las dudas de Catalina sobre sí misma, de que hemos dicho antes. Es decir que a éstas sigue una declaración de principios del Señor sobre la cuestión del carisma femenino: "He creado a ambos sexos, y cerca de mí no hay masculino o femenino, todo es igual a mis ojos... Pero al día de hoy los que son instruidos han llegado a tal punto de presunción, que para confundirlos les daré mujeres, por propia naturaleza ignorantes y frágiles, pero por mí dotadas de virtud y sabiduría divina. Si acogerán con la necesaria reverencia mi doctrina, transmitida a ellos por medio de estos vasos frágiles pero elegidos, les

tendré misericordia. Pero si desdeñasen de esta saludable confusión, los precipitaré en el desprecio". Poniendo que se interpreten estas palabras no como provenientes realmente de Dios, sino como manifestación de profundas convicciones de Catalina, ella habría superado así, como en la Sagrada Escritura su precedente posición "conforme a la ideología" del primado del hombre: la base es el famoso pasaje de Pablo (Gal 3,28) sobre la unidad de Cristo. "Esta vocación de servicio", juzga un comentarista moderno, "debe tener un carácter indicativo para la iglesia de su tiempo, y lo tiene aún hoy, contradiciendo el orgullo de los hombres y la obsesión de poder de una Iglesia masculina".

Concluyendo debemos emperero subrayar –eso que también la Beata Losman ha justamente visto– que para las carismáticas del Medioevo la relación entre los sexos no representó un problema que se hubiera realmente presentado a su consciencia: habiendo sido esta relación ya definida, para la vida práctica, por la doctrina de la Iglesia católica; y ellas no ponían nunca en discusión ni a esta Iglesia ni a su catequesis. No se trata nunca, para ellas, de un cambio del sistema, sino sólo de corregir a quien actuara mal dentro de este sistema. Con su intervención en el mundo político, las místicas superaban ampliamente la esfera de acción asignada a su condición de mujeres en un mundo político formado solamente por hombres, actuando no con el fin de substituir el orden de este mundo por uno nuevo, sino con el de reconstruir su condición originaria, por Dios creada en cuanto buena.

## **VI. Nota conclusiva**

Si en la presente exposición han sido subrayados los elementos comunes a las tres místicas, esto ha sido hecho para echar las bases de una fenomenología concerniente al carácter de su acción política. Depende de la naturaleza del método fenomenológico la necesidad de dejar de lado las diferencias, sin embargo al mismo tiempo existentes. Hace falta por lo tanto revelar que existen obviamente muchas diferencias, tanto entre las personalidades individuales, como también entre las respectivas épocas. En primer lugar era diferente la proveniencia social: Hildegarda era de noble nacimiento y se sirvió de las relaciones que de ello le derivaban (por ejemplo en el traslado a Rupertsberg); admitió además en su comunidad solamente a monjas de igual grado social. Para Brígida la descendencia de la alta nobleza tuvo un rol importante, como lo demuestran tanto sus objetivos y sus

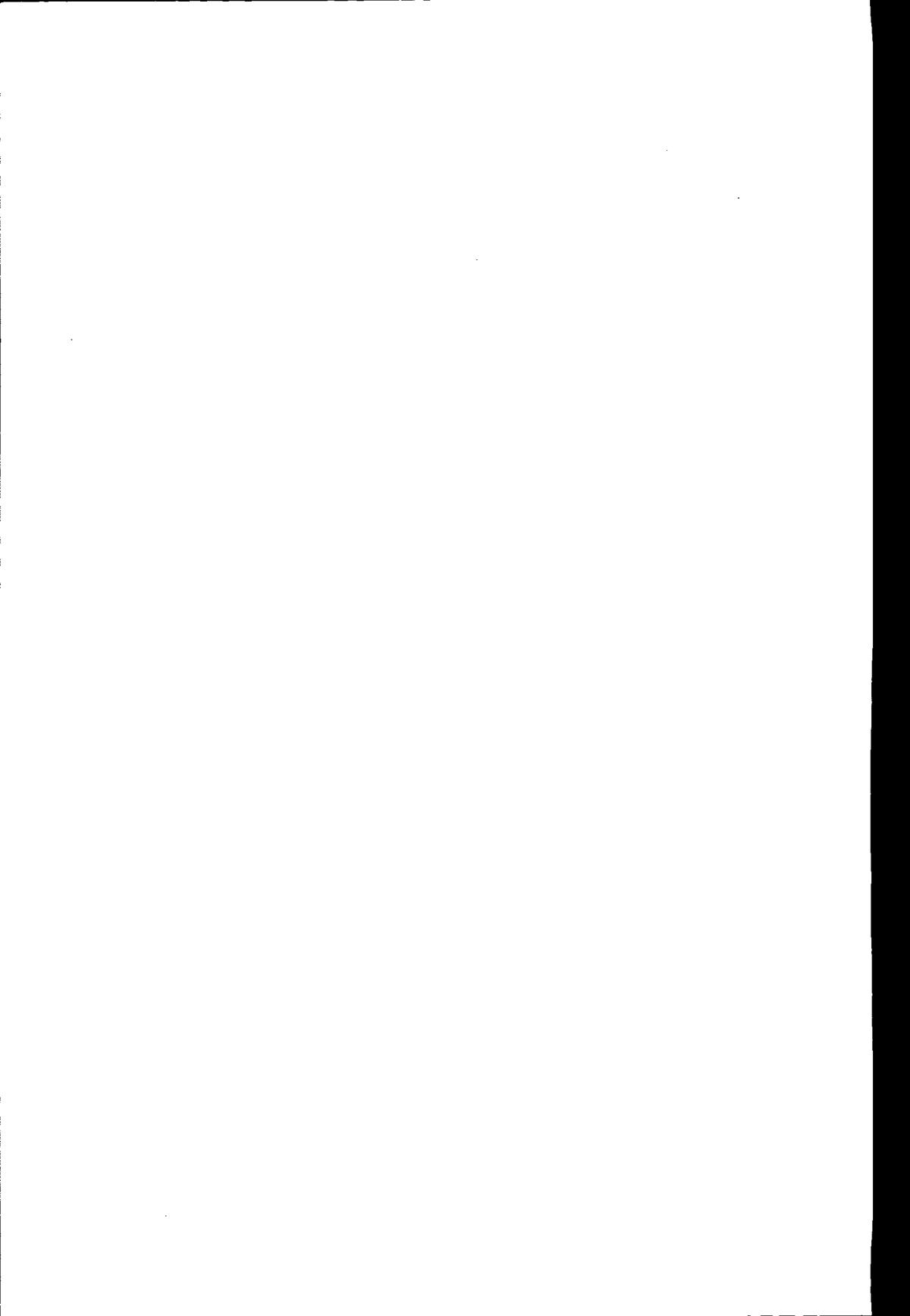
relaciones políticas, como también muchas singularidades en su modo de ver las cosas. Parece que Catalina tenga en cambio la impronta de la vida por ella conducida en el mundo ciudadano de la Italia del norte, pero no parece de todos modos que su extracción burguesa le haya procurado ninguna clase de dificultad ante aquellos con quienes, entre los grandes de la Iglesia y del mundo, tuvo relaciones.

Por lo que se refiere a la formación cultural de estas mujeres, no obstante las afirmaciones en contrario (que se refieren evidentemente sólo a la teología, por ellas no institucionalmente recibida, y a sus cogniciones de latín, inicialmente exiguas), Hildegarda debió extenderse ampliamente en varios campos del saber. Brígida en sus ejemplos permanece bastante en lo concreto, y sus comparaciones vienen del mundo del trabajo artesanal, de la caballería, de la corte... Ella no delinea ningún edificio simbólico de la grandiosidad y originalidad de los de Hildegarda, aún no siendo muy distinta de ella en cuanto a profetisa. No obstante la fuerte presencia de alegoría y alegoresis, las principales instancias de Brígida se mueven en el ámbito de la ética práctica, no en el de una visión ontológica de conjunto (que obviamente también en Hildegarda está caracterizada por la enseñanza de la moral). Para Catalina se necesitaría tal vez suponer al menos una teología adquirida por reflejo, pero justamente ella ha dejado un amplio tratado construido dialécticamente, que se puede definir "una composición bien lograda".

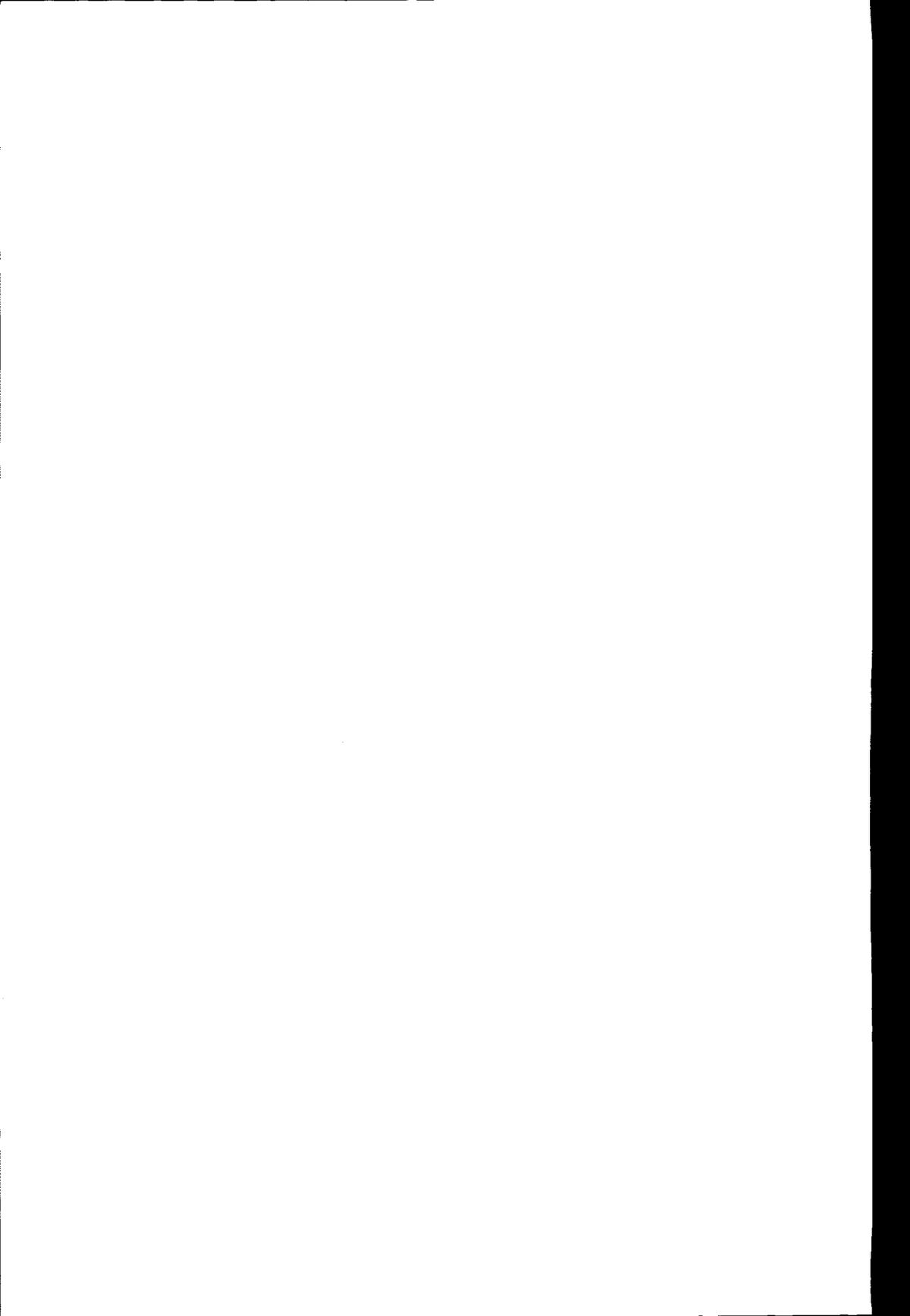
Finalmente el carácter personal de las tres místicas —prescindiendo de las analogías antes señaladas— es a su vez distinto; Hildegarda y Brígida son entre ellas semejantes mucho más que lo que Catalina se le parezca a ellas. Las dos profetisas están impregnadas de una profunda severidad, mirando los castigos divinos del Señor y son terribles en lo que proclaman. A Catalina no le falta ni esta severidad ni la ciencia concerniente al Juez eterno, pero sabe también sonreír.

Está claro que tanto los contenidos de pensamiento como, análogamente, los modos de pensarlos, también de un "*homo spiritualis*", llevan la impronta de la época en la que éste vive. El "pensamiento figurado" de Hildegarda recuerda el mundo de las representaciones simbólicas, Honorio de Autun por ejemplo. Los requerimientos políticos de ella están en su mayoría dirigidos menos a singulares manifestaciones (como por ejemplo los cátaros) que a temas generales de la salvación. En el siglo XIV, desde el punto de vista de los contenidos, un argumento capital era la cuestión de la presencia papal en Roma;

y, desde el punto de vista formal, el lenguaje alegórico figurado, del que las místicas se servían, era una forma expresiva efectivamente más difundida también en las lenguas vulgares. El debate escolástico-racional influencia a éste más reciente carácter imaginativo ya mucho más que el del siglo XII. En el ámbito de la historia del espíritu, para determinar los caracteres propios de la época, se deberían tal vez usar, también en el campo del visionario, los conceptos relativos al estilo románico y a su monumentalidad por un lado, y al gótico con su elaborada subdivisión en detalles por el otro.



## RECENSIONES



**IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES. EDUARDO A. SAMBRIZZI,  
Bs As, 1994, Abeledo Perrot,  
340 páginas.**

La obra se divide en diez capítulos donde estudia los impedimentos matrimoniales desde su aspecto histórico, desde la legislación nacional, extranjera y canónica.

El autor plantea las normas generales en un primer capítulo sobre la base del principio de la aptitud para contraer nupcias, para describir luego, los elementos que impiden esa aptitud, su clasificación y sus efectos. En los siguientes capítulos analiza cada impedimento en particular y su posible dispensa, relacionando la legislación nacional y extranjera, la jurisprudencia, la doctrina más relevante y su aplicación a casos prácticos, siempre con una opinión objetiva y fundada. El autor utiliza correctamente una abundante bibliografía, siendo una obra rica en citas que permiten al lector completar un estudio más profundo sobre el tema.

Una obra que trate la temática de los impedimentos matrimoniales, parece ser a simple vista, un texto que se refiere a prohibiciones, pero el Dr. EDUARDO SAMBRIZZI estudia estos elementos matrimoniales desde una óptica de respeto a la libertad del hombre y a la seguridad jurídica, alcanzando un equilibrio entre ambos principios difícil de lograr.

Navegando en estos dos principios –libertad y seguridad jurídica– estudia temas actuales como el transexualismo, el SIDA, impedimentos de edad y homicidio; brindando consideraciones novedosas, a saber: entender que no conforma un impedimento el casamiento de militares sin la correspondiente autorización o de un tutor con el tutelado antes de aprobarse las cuentas. En el mismo marco de principios, el autor no acepta que la impotencia fuera un impedimento –que sí establece el derecho canónico– por considerar que priva de la libertad a los hombres que, aún sabiendo de su existencia, (por ejemplo ancianos) optan por contraer nupcias para acompañarse en la vida.

Sobre el impedimento de edad el autor comienza cuestionando que el matrimonio es uno de los actos más trascendentes en la vida de una persona, a pesar de lo cual, puede ser realizado siendo las partes menores de edad y en una etapa en la cual no pueden las mismas realizar otros actos jurídicos de menor importancia, sugiriendo que se considere más la capacidad para asumir obligaciones matrimoniales que la capacidad de procreación. Para avalar su postura analiza la inexistencia de edad máxima para casarse en nuestro derecho y el canónico, lo cual induce a pensar que no debe ser la capacidad procreativa la determinante para la aptitud nupcial.

Respecto del impedimento de homicidio desmenuza la totalidad de sus aspectos, para luego cuestionar la legislación vigente que no incluye este impedimento. Es la suya, una crítica objetiva fundamentada en el carácter ético de este impedimento, tendiente a desalentar así este tipo de conductas homicidas y la "indigna situación resultante de un matrimonio celebrado en esas condiciones".

Es novedosa la inclusión de los impedimentos eugenésicos con citas jurisprudenciales y el abordaje del tema SIDA (el autor estima que no es un impedimento por ser la enfermedad de carácter permanente y no transitoria) y la posibilidad o no de requerir el análisis seriológico en los certificados prenupciales. Su pensamiento es acorde a la Doctrina Social de la Iglesia: no se puede por fines eugenésicos de evitar una prole con malformaciones, prohibir al hombre de su derecho natural a contraer nupcias (Encíclica Casti Connubi).

Es la obra más actual y profunda sobre los impedimentos matrimoniales que se escribió en nuestro país. Para una lectura completa sobre el tema, el lector no puede dejar de utilizar esta obra del Dr. Eduardo Sambrizzi y completar el estudio con el texto "Aptitud Nupcial régimen de los impedimentos matrimoniales" del Dr. Ricardo Videla. Pues, el Dr. EDUARDO SAMBRIZZI analiza los elementos históricos, romanos, canónicos, la ley 2393, ley 17.711 sus anteproyectos, la ley 23.515, la doctrina y jurisprudencia mientras que la obra del Dr. Ricardo Videla refiere los debates parlamentarios de la ley 23.515, obteniéndose con la utilización de ambos textos un estudio completo sobre esta materia.

MARÍA ELISA PETRELLI.

## **DERECHO DEL TRABAJO EN EL MERCOSUR**

**HUGO ROBERTO MANSUETI**

**Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1999. (551 Págs.)**

Este libro es de sumo interés porque aborda la temática del derecho laboral en los países del MERCOSUR, prestando particular atención a los aspectos sociales, de estos deberes pendientes, luego de la etapa en que lo comercial y económico se tuvo como única prioridad. El derecho y las instituciones son para el hombre y no al revés, y esta es la tesis central del trabajo. En sucesivos capítulos trata de modo comparativa en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay las asimetrías y armonización de las distintas normas que tratan los temas del contrato de trabajo. La forma, duración y concepto del contrato, de la remuneración, jornada de trabajo, facultades del empleador, extinción del contrato, enfermedades y accidentes, contingencia por el desempleo. Esto dentro de un doble marco legal y constitucional, que amerita por sí solo la lectura del trabajo, sin dejar de tener en cuenta la cuestión social y económica. En tal sentido es de particular interés el análisis de llamado "costo laboral", derivados de las asimetrías normativas en las respectivas economías. La comprensión de que no hay posibilidad de un análisis económico serio que no tenga en cuenta los marcos institucionales y económicos en donde además el aspecto ético y valorativo debe infundir todo el tiempo la actividad.

MANSUETI es profesor de Derecho Constitucional en esta Universidad, a lo que agrega una dilatada práctica profesional, especializada en lo laboral. Académicamente ha desarrollado esta especialidad en la Universidad de la Matanza, donde es profesor titular.

Merece leerse, y a integrar la biblioteca de consulta no solo de quienes se ocupen de temas propios del MERCOSUR sino de quienes estén vinculados profesionalmente a distintos ámbitos próximos.

R.A.P.

**MELANTONE. SCRITTI RELIGIOSI E POLITICI.**

**Torino, Claudiana, 280 págs.**

**ZWINGLI. SCRITTI TEOLOGICI E POLITICI.**

**Torino, Claudiana, 396 págs.**

**LA CONFESIONE AUGUSTANA.**

**Torino, Claudiana, 191 págs.**

Durante décadas el estudio de las teorías sociopolíticas del protestantismo fue una seria dificultad en nuestro medio por no contarse con las fuentes éditas. En el caso de Lutero el problema comenzó a tener principios de solución cuando la editorial La Aurora inició la publicación en castellano de las obras completas del fraile agustino. De mayor dificultad fue la cuestión de Calvino —que ya señaláramos en otras ocasiones—, pero existe una edición en castellano —casi inubicable— de Institución de la Religión Cristiana (La Aurora, 1958, 2 vol.)

Por estas razones nos parece de gran interés y utilidad la publicación —en italiano— de escritos teológico-políticos de Felipe Melancton y de Ulrico Zwinglio, como asimismo de la Confesión Augustana, fuente de primer orden para el estudio de los orígenes del protestantismo.

La editorial Claudiana —que publica excelentes trabajos históricos sobre el protestantismo en sus múltiples facetas— ha efectuado una selección entre la cantidad de escritos de Melancton (Philipp Schwarzerd), el humanista enciclopédico germano que dictaba las cátedras de Hebreo y de Griego en la Universidad de Wittemberg, donde conoció y se hizo amigo de Lutero.

El ejemplar reúne —con sendos estudios introductorios de Attilio Agnoletto— los siguientes trabajos de Melancton: esolío a la carta de Pablo a los Colosenses (de 1527), comentario de la carta de Pablo a los Romanos (1532), carta sobre la disputa de Leipzig (1519), contra los anabaptistas (1528), sobre los deberes del príncipe (1539), discurs-

so en los funerales de Lutero (1546), prédica sobre Lutero y la edad de la Iglesia (1548), respuesta a los errores de Servet y de los anabaptistas (1558), sobre los *loci praecipui theologici* –la pobreza, la libertad cristiana– (1559), cartas a Erasmo en Basilea y Rotterdam (1524 y 1557) y escritos menores varios.

De no menor interés e importancia es la producción escrita del teólogo suizo Huldrych Zwingli. En este caso la editorial Claudiana ha publicado –por primera vez en castellano– algunas de sus obras más importantes; tales (Una exhortación divina a los confederados de Schwytz) (1522), (Claridad y certeza sobre la veracidad de la palabra de Dios) (1522), la disputa de Zurich y las 67 tesis (1523), (Exposición y fundamentos de las tesis) (1523), (Comentario a la tesis 27), (La justicia divina y la justicia humana) (1523), parte del (Comentario sobre la verdadera y la falsa religión) (1525), tercera parte de la (Confutación de las cavilaciones de los anabaptistas) (1527) y (Confesión de fe) (1530).

Finalmente se presenta una cuidada edición de la Confessio Augustana debida a la pluma de Melancton. El texto –como es sabido– reúne los 28 artículos de fe, que sintetizaban la creencia luterana y que fueron presentados al emperador Carlos V –poco después de su coronación imperial en Bologna– en la Dieta de Augusta en 1530. Están precedidos por un detallado estudio introductorio del destacado historiador valdense Giorgio Tourn y varios análisis pormenorizados de aspectos de la misma debidos a otros especialistas como el ya citado Attilio Agnoletto.

Gracias a estas invalorable publicaciones de la editorial Claudiana los historiadores contamos con un importante –y fundamental– aparato documental para un mejor conocimiento de la época y de las ideas de sus protagonistas.

FLORENCIO HUBEŇAK

**PIERACCINI, PAOLO. GERUSALEMME, LUOGHI SANTI E  
COMUNITÀ RELIGIOSE NELLA POLITICA  
INTERNAZIONALE.**

**Bologna, E.D.B., 1996, 832 págs.**

No resulta difícil comprobar la importancia histórica, religiosa, política y cultural que tuvo y tiene la Tierra Santa –y especialmente Jerusalem– en el mundo contemporáneo. Tampoco escapa al lector atento las dificultades coincidentes y la circunstancia que éstas se hayan agravado a partir del momento que la Ciudad Santa fuera ocupada por tropas israelíes en 1967 y convertida en capital del Estado de Israel.

Ello solo bastaría para señalar la importancia de un libro destinado a estudiar esta temática en conjunto y como bien se expresa en el subtítulo de la obra, el autor estudia los lugares santos y las comunidades religiosas en el plano de la política internacional.

Pieraccini ha estudiado Historia de los tratados y Política Internacional en la Facultad de Ciencias Políticas (Cesare Alfieri) de Florencia y es autor de varios trabajos vinculados con la conflictiva cuestión de la (internacionalización) de los lugares sagrados.

Jerusalem conforma una ciudad que es del interés fundacional de tres religiones: judaísmo, islamismo y cristianismo y en este último caso de varias comunidades religiosas católicas y ortodoxas. A esta sumatoria de intereses religiosos y culturales encontrados debemos añadir las pretensiones territoriales del Estado de Israel, del reino de Jordania y de la autoridad palestinese, sin omitir la Santa Sede; aspectos que hacen extremadamente conflictiva cualquier cuestión que le concierna.

Por otra parte cabe señalar que cuando nos referimos a lugares sagrados mencionamos, no solo, la basílica del Santo Sepulcro, sino el Cenáculo sobre el monte Sión, la tumba de la Virgen en el huerto de Getsemaní y el templo de la Ascensión en el monte de los Olivos, por

citar únicamente los más importantes. Por otra parte los judíos veneran, fundamentalmente, el Muro de los Lamentos y la explanada donde estaba el Templo. Los musulmanes, a su vez, rinden reverencia al Domo de la Roca y a la mezquita al-Akssa.

Pieraccini, en primer lugar, estudia en profundidad la situación y desarrollo histórico de los lugares santos desde el período de Constantino —el gran re-descubridor— hasta el siglo XVI con especial referencia a las invasiones musulmanas y cristianas (cruzadas). El autor acentúa los diferentes pasos o intervenciones en defensa de dichos Lugares. En un capítulo siguiente continúa el desarrollo histórico hasta el siglo XVIII, remarcando el importante papel que le cabe a los franciscanos como (custodios) de la región. Los comienzos del (protectorado) francés le permiten explicar el primer *statu quo* a comienzos del siglo XVII, como también el curioso protectorado ruso, cuyos epígonos se aprecian en el llamativo templo de María Magdalena en el monte de los Olivos. Los enfrentamientos entre los otomanos y la iglesia greco-ortodoxa conforman otro importante capítulo en esta historia, que continúa con la ocupación egipcia de la Tierra Santa. Asimismo el autor resalta la década 1847-1856 con el retorno del patriarcado cristiano y sus vicisitudes, no ajenas a la diplomacia internacional. El desmembramiento de la Sublime Puerta permite las negociaciones —y enfrentamientos— de comienzos de este siglo y la apertura de la problemática jerusalemitana en los tratados postbélicos de este siglo.

La aparición del sionismo —en la problemática de la diáspora— y los nuevos conflictos entre comunidades religiosas da pie al autor para iniciar la segunda parte de su completa obra, que analiza detalladamente el célebre (mandato) (1920-48) y los nuevos problemas surgidos con la independencia de Israel, que motivan la intervención de las Naciones Unidas.

El año 1967 —por su complejidad— justifica un capítulo unitario y los nuevos problemas surgidos con la ocupación hebrea.

El libro concluye con el estudio de la cuestión en los últimos tiempos —después de los acuerdos de Camp David (1978)—, la ley fundamental israelí sobre Jerusalem (1980), los problemas del fundamentalismo y la infitada y los importantes acuerdos con la Santa Sede (1978) y tratado de paz entre Jordania e Israel, que marcan las líneas de posible solución a un nuevo *status* de la ciudad que Israel reclama y convirtió formalmente en su capital y las otras confesiones o territorios reclaman como propia o internacionalizable.

En síntesis se trata de una importante obra que abarca la problemática jerusalemitana desde distintas ópticas y con gran profundidad, permitiendo al lector un panorama completo de la cuestión de los Lugares Santos en Jerusalem, en un adecuado contexto histórico que permite clarificar las cuestiones discutidas y asumir una posición fundamentada.

FLORENCIO HUBENÁK

**Este libro se terminó de imprimir  
en MARZO de 2000  
en Talleres gráficos CYAN S.R.L.  
República Argentina**