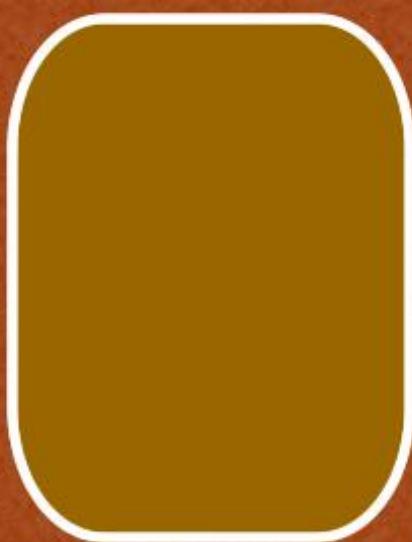
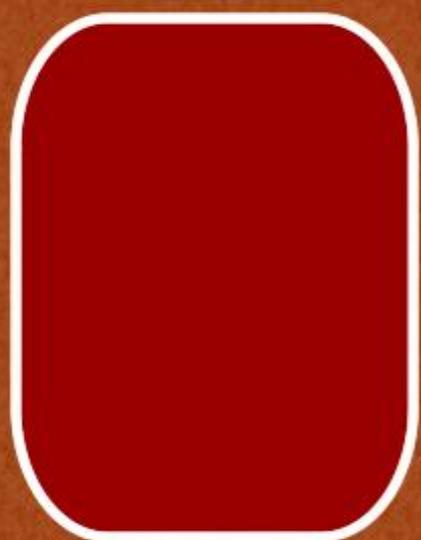


Cuarto Número

ISSN 1853-6239

In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



Noviembre de 2012. Año 2. Volumen 2.

Universidad Nacional de La Rioja



Autoridades UNLaR

Rector:

Dr. Enrique Daniel Nicolás Tello Roldán

Vicerrector:

Lic. Sergio Eduardo Martin

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Ab. José Nicolás Chumbita

Secretario Académico:

Mg. Marcelo Bonaldi

Revista IN IURE

Directoras:

Ab. Myrtha Argañarás de Mundet

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

IN IURE

AÑO 2 – VOL. 2 –

Dirección:

**Myrtha Argañarás de Mundet
Elsa Manrique**

Coordinación:

Maximiliano Bron

IN IURE

Cuarta edición: 1 de Noviembre de 2012, La Rioja,
Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2012

© IN IURE, 2011 - 2012

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Myrtha Argañarás de Mundet y Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

Dr. Luis Romero Basaldua
In memoriam

Al Dr. Luis Romero Basaldua

Agradezco al Departamento de Ciencias Jurídicas, Sociales y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja haber sido designada para, en su nombre, permitir el singular honor de referir brevemente a la personalidad del homenajeado: el reconocido Profesor de Derecho de la Navegación Dr. Luís César Enrique Romero Basaldua, maestro de maestros, quien apenas hace unas semanas partió de entre nosotros repentinamente dejándonos perplejos ante el lamentable acaecimiento.

Dicha personalidad se destacó como Abogado, Jurista y Doctrinario. Es imprescindible reconocer que en el ámbito académico obtuvo importantes logros, producto de su ardua labor, entre los que encontramos tratados, libros, investigaciones, Congresos, Seminarios; y que, como jurista lanzó principios nuevos en la materia, creando así la Escuela de Derecho de la Navegación en Córdoba.

Profesor sin límites en la búsqueda e impartición del saber, entusiasta, alegre, desinteresado, solidario. Amó la docencia y así se entregó a ella, con una energía envidiable para organizar viajes y correr el velo al conocimiento impulsando a sus educandos y discípulos a la aprehensión del conocimiento. Sus alumnos lo recuerdan explicar con claridad los contenidos y sonreír con ocurrencias y anécdotas que los esclarecían desde lo empírico, y quedarse después de hora con quienes lo deseaban y tenían inquietud o duda.

No se le conoció nunca ninguna causa que hiciera callar su voz, contagiaba el ánimo en defensa de la justicia, el bien común, la vida y la Patria. Un caballero con la humildad y sencillez de un niño.

Hoy, en su ausencia infinita, no conservamos un vacío irremediable, sino que se immortalizará en el legado que nos ha dejado, sus obras que permanecen, en Argentina, América y Europa. Le agradecemos Dr. su ejemplo y dedicación recordándolo en nuestras mentes y corazones.

Dra. Lucía Lourdes Vicentini

ÍNDICE

- 0. CUARTO NÚMERO DE LA REVISTA (Presentación).**
Elsa Manrique..... 9

- 1. RESPONSABILIDAD DE LAS TERMINALES PORTUARIAS POR LAS MERCADERIAS DEPOSITADAS Y EN TRANSITO**
Luis Romero Basaldua13

- 2. ORIGENES DE LOS RECURSOS PROCESALES. EL SISTEMA DE INSTANCIA ÚNICA, TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994: EL CASO DEL PROCESO CIVIL RIOJANO**
Alejandro Moriconi39

- 3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ROMANO**
Laura L. Micieli, Carlos Horacio Romero, Yamila Fuentes Francis y Adrián Gustavo Vedia69

- 4. LA PEDAGOGÍA EN LA UNIVERSIDAD**
Elsa Manrique87

- 5. PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**
Lucia Vicentini98

- 6. EL CONCEPTO DE DEMOCRACIA**
Guillermo Elías Sánchez131

- 7. EL LEASING INMOBILIARIO**
Soledad Flores155

- 8. LA PERICIA GENETICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL ¿PROBABILIDAD O CERTEZA?**
Sebastián García Amuchastegui171

CUARTO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Ab. Elsa Manrique

Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora Carrera de Escribanía y del Instituto
de Derecho Notarial

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

<http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación:

01/11/2012

Dirección de la Revista:

Myrtha Argañarás de
Mundet

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

Con este número de la Revista Digital IN IURE concretamos la cuarta publicación de un proyecto informativo de carácter científico iniciado en el año 2011.

Aprovechando la oportunidad de incursionar en nuevas opciones de transmisión del conocimiento, como son las tecnologías de información, se creó esta revista electrónica que responde a la preocupación constante de la Universidad Nacional de La Rioja de brindar a sus estudiantes, docentes y demás integrantes de la comunidad científica los instrumentos útiles que les permitan progresar firmemente en sus quehaceres como universitarios.

La información sobre la investigación científica de la temática relacionada con el Derecho ostenta un valor que es fundamental en la formación de estudiantes y profesionales. En este sentido, por ser un vehículo de comunicación, la Revista Digital IN IURE poseerá información que también será de importante beneficio para la comunidad de otras instituciones de educación superior.

En estas páginas encontraremos trabajos sobre distintos temas, así el Dr. Luis Romero Basaldua llevó a cabo un trabajo sobre las Terminales Portuarias sosteniendo que en todo el mundo constituye un remunerativo negocio que trata sobre una suerte de intermediación en los movimientos de mercaderías hacia y desde los buques que las transportan. Las relaciones de derecho que estas determinan, fuera de los casos en que las mismas residan en una pura gestión estatal, son cuantiosas y específicas. Asimismo, destacó que hay quienes defienden también un régimen específico de regulación, y siguiendo paradigmas maritimistas manifiestamente favorable a la conveniencia de las Terminales. Posteriormente, el abogado Alejandro Moriconi presentó un trabajo basado en un estudio cualitativo, de tipo descriptivo y cuyos instrumentos de recolección de datos han estado centralizados en la Observación no participante, comentó el autor que permite introducir al lector en el origen de los Recursos Procesales para subsiguientemente conducirlo en el marco de la legislación argentina, al órgano Jurisdiccional Judicial de la Provincia de la Rioja con el propósito de observar sus medios de impugnación en un Sistema de Instancia Única. Los abogados Laura L. Micieli, Carlos Horacio Romero, Yamila Fuentes Francis y Adrián Gustavo Vedia efectuaron un análisis que se orientó a rebatir la concepción clásica de los especialistas del Derecho Administrativo, los que afirman, que el mismo es fruto de la Revolución Francesa, y las organizaciones estatales posteriores. Comentaron que han investigado en el derecho Romano, en el cual han encontrado multiplicidad de normas, que pertenecen al Derecho Administrativo, asimismo subrayan la postura de otros especialistas en el campo del Derecho Administrativo que remontan el inicio del mismo a la cultura jurídica Romana. Seguidamente la escribana Elsa Manrique nos ilustró en relación a las universidades manifestando que como instituciones sociales se van desarrollando, pues deben satisfacer las necesidades de la sociedad y la educación permite la necesidad fundamental de brindar conocimientos. Comentó que esa función esencial, es decir, la transmisión del conocimiento, se verifica de tres formas: por el resguardo, la difusión y la innovación del conocimiento. La educación tiene dos funciones secundarias: la integración socio cultural y el enriquecimiento de la persona.

La abogada Lucia Vicentini realizó un análisis que reveló que desde los Estados soberanos del mundo son con moderna terminología y en el derecho argentino, calificados como personas de derecho público y que estos últimos además de las relaciones diplomáticas que el Derecho Internacional Público atribuye en sus relaciones con los demás, opera a nivel de "Ius gestionis" no sólo en la jurisdicción de sus Estados sino en la esfera y jurisdicción negocial de otros Estados, en relaciones que el Derecho Internacional Privado trata como personalidad fuera del propio territorio. Por su parte el abogado Guillermo Elias analizó uno de los conceptos que en la Ciencia Política ha sido dificultoso de definir que es el de democracia, vocablo de origen griego que proviene de pueblo y autoridad que de conformidad al diccionario significa: doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno o bien predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado. Prosigue manifestando el autor que esta idea tal como era forjada inicialmente se ha ido transformando e identificando con otros conceptos con los cuales no guarda relación teórica o bien en un principio emergían como contrapuestos.

La escribana, Soledad Flores abordó el tema del leasing manifestando que es un contrato que nació en el ámbito empresarial norteamericano y que fue regulado en el derecho argentino en la ley 24.441 con características propias que lo hacen distinto a lo que se conoce como tal tradicionalmente. Explicando que en un principio se dudaba respecto de la posibilidad de realizar contrato de leasing sobre bienes inmuebles. Con la sanción de la ley de leasing 25.248 se despejaron las dudas, ya que contiene normas específicas que regulan el leasing inmobiliario.

El abogado Sebastián García Amuchástegui en su presentación comentó que desde hace tiempo se considera necesario contar con la asistencia de personas que tuvieran conocimientos especiales en determinadas materias a los fines de auxiliar o de colaborar con el juez en el mejor conocimiento de los hechos sometidos a su consideración. El propio desarrollo de la humanidad con los adelantos de la ciencia, impuso el progreso y perfeccionamiento del proceso penal, incorporando un medio de prueba autónomo y simple como lo es la pericia.

Agradecemos a los escritores que participaron y con motivo de la publicación contribuyeron así para la creación del cuarto número de la revista virtual, esperando que sea cumplido el fin de esta revista que es el fortalecimiento del quehacer de estudiantes, profesores y científicos.

Esta revista digital se lleva a cabo con el apoyo constante del señor Rector Dr. Enrique Tello Roldán, el señor Decano del Departamento Académico, Profesor Abogado José Nicolás Chumbita, el Señor Secretario Académico Magister Marcelo Bonaldi, a quienes agradecemos la asistencia brindada y aportes para que esta revista se realice con la excelencia académica que promueve esta Institución.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2012) "Cuarto número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. pp.09-12. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

RESPONSABILIDAD DE LAS TERMINALES PORTUARIAS POR LAS MERCADERIAS DEPOSITADAS Y EN TRANSITO

Prof. Dr. Luis C. Romero Basaldua

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC).
Profesor de Derecho de la Navegación UNLaR,
UNC, UBA, UNSJB. Publicista, autor de varios
libros de la especialidad, miembro y autoridad de
organismos nacionales e internacionales de
Derecho Marítimo, Derecho Aeronáutico y Espacial.
Director de la Carrera de Especialización para
abogados en Régimen Jurídico del Comercio Exterior.
Director de la Sala de Estudios de Derecho de la
Navegación y Comercio exterior del Colegio de
Abogados de Córdoba, Presidente de la Comisión
de Comercio Exterior de la Asociación de
Abogados de Buenos Aires - Argentina).

Palabras claves:

*Puertos. Depósitos.
Terminales
portuarias.
Transporte marítimo
y multimodal.
Responsabilidad.*

Key words:

*Ports. Deposits. Port-
Terminals. Maritime
and multimodal
transports.
Responsibilities.*

Resumen

Las Terminales Portuarias en todo el mundo son un lucrativo negocio que trata sobre una suerte de intermediación en los movimientos de mercaderías hacia y desde los buques que las transportan. Las relaciones de derecho que estas traban, fuera de los casos en que las mismas consistan en una pura gestión estatal, son numerosas y específicas. Muchos propugnan también un régimen específico de regulación, y siguiendo

moldes maritimistas notoriamente favorable a la conveniencia de las Terminales. Un detenido exámen de las cuestiones planteadas en el derecho argentino llevaría a comprobar que esto es una aventurada afirmación. Bastaría con la aplicación de lo regulado por el derecho común, por el derecho marítimo y multimodal en su caso, por ejemplo la aplicación de la cláusula "Himalaya" y por el derecho comercial. Debe distinguirse, sin embargo, la responsabilidad extracontractual, de la contractual, sea frente al Estado, a sus empleados, a los usuarios, etc y examinarse con prolijidad los fundamentos de estas responsabilidades, las exoneraciones, y los supuestos "límites" que se intentan. Es el llamado de atención que exhibe este trabajo, a la luz del orden jurídico argentino y de alguna Convención Internacional, que según el desarrollo de lo expresado, sólo merece ser visto con desfavor.

Abstract

Port Terminals are in The world wide view a lucrative business in the field of the mobilisation of goods from and to the ships. They are intermediary subjects. The law relations concerning on circumstances of the cases out of in the pure state management, are varied and specify. A lot of authors propose a specify regimen to regulate this theme, and inspirated in maritime models too. Obvious, convenient to the terminals interest. A carefully analysis of questions in the argentine law, permit to observe that is hazardous affirmation enough application of the civil law, the maritime law, and too multimodal transport law in each case, for example the usually application of the "Himalaya clause", and the commercial law. However is necessary to distinguish the contract reliability and the extra contract reliability, respect to the State, his employers, users, etc., and with prolixity to cheek the foundations of these responsibilities, and the exonerations and the supposed "limits" that to attempt. This is the attention claims that this article show, at the see argentine order law and some international conventions: According, to had show, deserve be say unfavourable only.

I)-INTRODUCCION

A los puertos jurídicamente se les asocia con el Derecho Marítimo y la Política Naviera, constituyendo un motivo de profundas reflexiones. Una de mucha importancia es la responsabilidad de las terminales y depósitos portuarios, como capítulo del derecho común, sin que tal afirmación deba ser interpretada en contra de la predicada y reconocida autonomía del Derecho Marítimo o de la Navegación por Agua, y sin que tampoco signifiquen sus soluciones una atadura a las normas de esa rama del derecho, si caso por caso, en un serio examen del tema, se advierte que toda rama jurídica distinta del Derecho Civil común y el Derecho Marítimo es una de ellas - , queda subordinada en su aplicación a la excepcionalidad de hipótesis que cada rama trata y soluciona (BENGOLEA ZAPATA, 1975).(1)

La responsabilidad de operadores y terminales portuarias por las cargas que reciben en y transfieren de sus depósitos, está sin duda, íntimamente conectada al transporte marítimo y a otra serie de institutos vinculados al mismo. De allí, a considerar la directa aplicación normativa del Derecho Marítimo al mencionado tema, hay mucha distancia y, en todo caso, tras un serio estudio, lo que se comprueba es su apoyo en las instituciones del Derecho Común, que aunque quizás disperso y anacrónico en muchas de sus disposiciones, resulta pertinente al tema.

Si bien siempre resulta perfectible la normativa en un contexto de permanente evolución técnica, resulta en cambio apresurado afirmar que el mismo necesita de específica regulación jurídica (ARROYO, 2006) (2) pues ya la tiene, y hasta ahora alejada de esquemas distorsivos e interesados que podrían ser impuestos por los sectores portuarios involucrados.-

Hemos recordado ya que los franceses dicen que lo que bueno para el puerto es bueno para el país (ROMERO BASALDUA, 1996) (3). Ello es cierto allá, en Francia y también aquí. Para la nación gala resulta clave el desarrollo portuario, buscando el país mejorar su posición relativa frente a otros miembros de la Comunidad Europea.

Entre nosotros, conviene recordar al respecto que el país comienza en La Quiaca y termina al sur de Tierra del Fuego, comprendiendo lugares tales

como Córdoba, La Rioja y Santiago del Estero y no tan sólo las privilegiadas provincias a las que en suerte les ha tocado poseer un magnífico litoral marítimo. País, no sólo es el de un sector, por importante que sea, ni una zona del mismo, sino toda su geografía, e inmersa en ella, todos los elementos dinámicos a su servicio.

En el caso de los puertos, es claro que fundamentalmente el “país” es lo que está en juego - si bien uno primero e inmediatamente en el tema refiere a los operadores portuarios, las empresas navieras y los dueños de las cargas, de todas y no sólo las de importación y exportación. Las operaciones portuarias a su vez movilizan una serie de sujetos que, modernamente, hacen posible su gestión (transportadores terrestres y marítimos, freight forwarders, proveedores de fletes, estibadores y movilizadores portuarios, controladores de cargas, agentes transitarios, etc.). La mención de las tareas de cada uno de ellos, lleva a comprobar que todos asumen responsabilidades muy complejas. Aquí, nos limitaremos a reflexionar sobre las responsabilidades de los “operadores portuarios marítimos”.

En estas aclaraciones, a modo de introducción, cabe también reflexionar sobre los cambios operados en nuestro país a partir de la sanción de la llamada “Ley de Puertos”, n° 24.093 de 1992 (ROMERO BASALDUA, 1996) (4).

En Latino América, el sistema de funcionamiento de los puertos se dá entre los que han sido y son propiedad del Estado respectivo con exclusividad, administrados por sus órganos o funcionarios y en los que la responsabilidad pertenece al mismo Estado y en segundo lugar, los puertos que pertenecen al patrimonio privado (porque los terrenos ribereños fueron entregados por el Estado a los particulares o consorcios mixtos, en concesión por largo tiempo, o simplemente porque un particular obtuvo el dominio de una faja costera donde construyó su puerto). En otros casos se entremezclan gestiones de orden estatal (servicios aduaneros) y empresas privadas, encargadas de almacenajes en zonas primarias aduaneras o transportadores de cargas desde y hacia los buques (CORNEJO FULLER, 2008) (5). Entre nosotros, privatizando la responsabilidad portuaria, se creó la figura del “Responsable del puerto”, quien con sentido comercial, desarrolla su emprendimiento y se responsabiliza por ello ante contratantes y terceros.

Sólo la Aduana y la Prefectura Naval Argentina (la primera como recaudadora de impuestos y orientadora del comercio exterior, la segunda como policía de la seguridad de la navegación) tienen hoy ingerencia en los puertos (ROMERO CARRANZA, 1995) (6). Pero, no existe más la A.G.P., ente estatal "responsable", del cual se afirmaba en la jerga portuaria –era un organismo virtualmente "irresponsable" ante los reclamos por daños a las cargas que ocurrían en recintos portuarios, lugares que - con ironía - se llegó a calificar como "tierra de nadie". Los casos resueltos por la jurisprudencia se multiplicaron y dieron lugar a lúcidos comentarios (MOHORADE, 1990) (7). Abogados maritimistas, bromeando, llegaron a ironizar sobre el fin de la A.G.P. como la más lamentada supresión, ya que también se agregó, - "dejaba sin trabajo" a muchos abogados, al decrecer la siniestralidad en ámbitos portuarios y, por ende la ocasión de reclamos, recordando la desidia con que ese organismo operaba, quizás inconcientemente y pensando que los quebrantos estatales los paga otro, o sea que los pagamos "todos".

Hoy quizás, cayendo en el otro extremo, creyéndonos protegidos por el Arcángel Gabriel, se afirma que la "competencia" entre terminales portuarias es reina o debe serlo - y tal motivación daría por resultado la eficiencia.

Dice Cornejo Fuller que *"hoy la calidad total está de moda" y afirman sus apologistas que ello constituye una alternativa de sobrevivencia empresarial. Por lo tanto, si la motivación que ha llevado a la privatización de los puertos o servicios portuarios, es la "eficiencia", ello es para garantizar resultados, o sea, para responder totalmente, sin subterfugios ni limitaciones. Es lo que se espera de una muy buena actividad lucrativa: la portuaria. Porque como con ironía, el citado profesor chileno dice "...la operación portuaria debe ser un buen negocio para el que la organiza racionalmente. No de otra manera se explica que todos quieran hoy por hoy participar en ella"* (CORNEJO FULLER, (8), y nosotros agregaremos que si esto es así, y no lo dudamos, debe ello redundar en una plena responsabilidad frente a los usuarios del puerto, sean buques, cargadores y consignatarios.

II)-RESPONSABILIDAD DE LAS TERMINALES: Su regulación

La responsabilidad de operadores y terminales portuarias está perfectamente establecida en nuestro orden jurídico y – por lo que pensamos –

salvo en conexas relaciones que hacen a la responsabilidad de los transportadores marítimos y del transporte multimodal, esa responsabilidad es la que prevé el derecho común, vale decir el Derecho Civil y Comercial.

Si bien dispersa, e incluso arcaica en sus formulaciones, las soluciones jurídicas están presentes y no necesitan de la distorsión a que las prácticas y deseos de sector podrían someterla, en experimentos legislativos que pudieran legalizar intentos de “no responder”, o de “responder lo menos posible, en forma retaceada”. Realmente, estamos prevenidos contra la improvisación y la sectorización de algo fundamental en el derecho todo, la responsabilidad.

No advertimos, por infundada, la necesidad de nuevas o distintas reglamentaciones que propugnen un “tratamiento legal especial” de esta responsabilidad, concientes que algunos en este país lo propugnan (ARROYO, 2006) (9), pues tal necesidad no existe.

Sin perjuicio de la responsabilidad extra contractual que todo sujeto de derecho tiene, por normas de derecho común, la del operador portuario nace también de su actividad comercial y como persona jurídica, concretándose en ese sentido y frente a los usuarios, a los empleados y al Estado, en una responsabilidad contractual.

a)-Responsabilidad Extracontractual:

Es la que el derecho prevé por los daños que las terminales portuarias pueden ocasionar a terceros, y claramente establecidas en la hipótesis genérica de los artículos 1109, 1113 y c.c. del Código Civil, fundada en un imperativo jurídico, cual es el deber de no dañar a otro y en la debida reparación de perjuicios que conlleva la infracción a este mandato. Ejemplo claro resulta el daño ocasionado a un vehículo de un tercero estacionado e incendiado en las inmediaciones de la terminal, como

consecuencia del incendio y explosión de un depósito portuario, propagados sus efectos fuera de ella. Puede ser también proveniente de un container con el que se operaba en la terminal.

b)-Responsabilidad Contractual:

1)-Frente al Estado, las terminales portuarias son responsables del cumplimiento de las obligaciones que surgen de los términos de la concesión respectiva, y de la legislación aduanera, migratoria, sanitaria, etc.

2)-Frente a sus empleados, responden por sus obligaciones como empleador. Hoy, el personal que trabaja en ámbitos portuarios, o depende generalmente de las terminales o de empresas subcontratadas, pero en uno y otro caso se trata de personal estable, acreedor a la seguridad social.

3)-Frente a los contratantes, las terminales portuarias responden por incumplimiento o mala ejecución de lo pactado en los contratos frente a los buques, vale decir, las empresas navieras, o frente a los titulares de las cargas depositadas, objeto de estiba, traslados y cuidados, manipuleo y desestiba en recintos portuarios. En torno al contenedor, por ejemplo, son numerosas y varias las prestaciones que se prevén en un contrato innominado celebrado entre armadores y terminales portuarias (PORCELLI, 2004) (10), y por ello, la terminal responde en los términos de lo convenido y lo legal.

Ante este amplio panorama, sólo reflexionaremos sobre la responsabilidad de las terminales portuarias por la tenencia en custodia de las mercaderías, ora de los cargadores y consignatarios de las mismas, ora de la provista por los buques. En todos los casos trátase de una responsabilidad que, en general, nace de un depósito.

Bien se caracteriza a esta responsabilidad como yuxtaposición de las figuras de locación de obra y de un depósito, regulado todo por las normas del derecho común (ROMERO CARRANZA, 1995) (11) y presentes en el Código de Comercio, en el Código Civil, en la Ley de la Navegación y , también en la ley 24.921 de transporte multimodal.

a)-Así, en el Código de Comercio, con un arcaísmo normativo evidente, propio de la época de su primera sanción, mediados del siglo XIX,

trata de lo que llama "De los Barraqueros y Administradores de Casas de Depósitos", entre los artículos 123 y 131. Esas normas minuciosas aún tienen aplicación práctica. Los depositarios están obligados, al ingresar la mercadería a sus establecimientos, a asentar en un libro, la cantidad de los efectos que recibieren por orden cronológico, la calidad y cantidad de los efectos, las marcas y números que tuvieren los bultos que se reciben.

El Artículo 124 contiene una norma francamente graciosa y realmente inoperante, al prescribir la obligación de "...la pronta y fiel entrega de los efectos que hubiesen recibido, so pena de prisión, siempre que no la efectuasen dentro de las veinticuatro horas después de haber sido judicialmente requeridos con los recibos respectivos"

También se dispone que estos agentes, los "barraqueros y depositarios", responden por los hurtos acaecidos dentro de sus almacenes, salvo caso de fuerza mayor, justificada inmediatamente con citación de los interesados. Inútil resulta y sin valor, la cláusula en contra de lo aquí dispuesto, pues ésta norma ha sido bien considerada de orden público por la jurisprudencia. La normativa restante obliga a "conservar en buena guarda los efectos que recibieren", diligentemente, como si fueran bienes propios y en definitiva entregar los efectos a sus dueños, etc. Se remite en su aplicación a las normas sobre los barraqueros y administradores de casas de depósitos. Refiere así al contrato de "Depósito", regulado en los artículos 572 a 579 del Código, que es comercial, o sea oneroso, pues se realiza con un comerciante, por cuenta de un comerciante, y teniendo por objeto o naciendo de un acto de comercio. El artículo 574 a su vez, remite a la aplicación de las normas sobre "mandato comercial" (Arts. 223 a 231) y a las "comisiones o consignaciones" (Arts. 232 a 281).

b)-También tenemos el Código Civil, con sus normas básicas sobre el contrato de Depósito, calificado de real y gratuito y a las obligaciones del "depositario" (Arts. 2182 a 2239), que son supletorios.

c) La Ley de la Navegación presenta asimismo varias normas de aplicación al transportador marítimo, en cuanto conciernen a la actividad de las terminales portuarias. Así, una norma básica, la del artículo 264 al fijar la obligación de entrega de la mercadería por el transportador en destino, dispone que este. ".debe entregar la carga en el puerto de destino de acuerdo con lo que disponen el conocimiento, las reglamentaciones aduaneras y portuarias y los usos y costumbres. Si en virtud de dichas

disposiciones las mercaderías deben entrar a depósito fiscal, la entrega quedará cumplida con la descarga al depósito correspondiente o a lanchas cuando por causas no imputables al buque no puede efectuarse la descarga a depósito, y con cargo de notificar a los interesados en la forma prevista en el artículo 521. Si las mercaderías son de despacho directo y el consignatario no concurre a recibirlas o se rehusa a hacerlo, con notificación al mismo si es conocido o a la persona indicada en el conocimiento, el transportado puede cumplir la entrega descargándola a lanchas o a tierra, por cuenta y riesgo del titular de las mercaderías. El armador de las lanchas se convierte en depositario de la carga recibida en representación del consignatario. Si la mercadería es reclamada por varios tenedores de distintos ejemplares de un mismo conocimiento, el transportador debe depositarla judicialmente por cuenta y riesgo de la misma”.

Agrega el artículo 266, determinando el alcance temporal y espacial de las obligaciones del transportador respecto a la mercadería, que “Cesa toda responsabilidad del transportador respecto de la carga, a partir del momento en que sea entregada a depósitos fiscales, plazoleta o a lugares situados dentro de la jurisdicción aduanera, o cuando haya sido descargada a lanchas u otro lugar por cuenta y riesgo de la mercadería y se hubiere cumplido con la notificación establecida en el artículo 264”

Hoy, en los puertos, por exigencias prácticas de la actividad, el tipo de carga (en muchos casos se trata de mercadería, toda containerizada), los buques que operan y las exigencias de estadías mínimas de estos en puerto, el esquema de la “entrega” de las mercadería al consignatario varió.

Por empezar, la ley, para ciertas hipótesis, contempla la entrega “a lanchas”, como única opción. Montiel estimaba que la posibilidad debía extenderse a “depósitos privados” (MONTIEL, 1975) (12), Hoy en la práctica, para la carga de containers y otras mercaderías justamente la solución es esa. La existencia de depósitos privados es regla en los ámbitos portuarios. Pero además, el cargador y el receptor, no entregan ni reciben su carga directamente al o desde el buque, sino que generalmente ello se realiza a través de la operación, riesgo y responsabilidad del operador portuario, quien recibe del, o entrega al buque, las mercaderías que previamente le han sido transferidas bajo su exclusiva custodia (ROMERO CARRANZA, 1995) (13).

El sistema de operación directa actualmente desaparece, sustituido por la indirecta de la terminal y también desaparece el "despacho directo a plaza", ya que la salida del contenedor, bulto o carga general, estrictamente, así se concibe.

En general, ningún cargador ni consignatario opera ya en el muelle con sus camiones o los de los transportistas, o con los medios de izaje o movimientos de la empresa de estiba designada por ella. La totalidad de la operación descansa bajo la responsabilidad y con los medios técnicos provistos por la terminal.

Desaparece así la distinción del artículo 266 (Depósito fiscal, plazoleta o lugares bajo jurisdicción aduanera) como punto final de la responsabilidad del transportador marítimo.

La "entrega" de la mercadería en el puerto de destino y la consiguiente liberación por los riesgos sobre ella, se produce conforme las reglamentaciones aduaneras y portuarias y los usos y costumbres (Art. 264). Por la ley 24.093 de puertos, que resulta de aplicación, (Art. 1º de la Ley de la Navegación), se han sustituido las normas que reglaban la actividad portuaria y así, la transferencia de riesgos del buque al operador, se opera al egreso de la carga

del mismo, al iniciar el izaje del bulto/ contenedor, que así ingresa a las instalaciones portuarias, o al colocarse sobre el chasis o camión o vagón provisto por la terminal y, o al revés, dependiendo de quien es el propietario de la grúa y de quien la opera. El cruce de la "borda" del buque como criterio físico que gráficamente marca el egreso de la mercadería al consignatario, hoy debe interpretarse que consiste en el traspaso a la "terminal portuaria", sea por el sistema de izado o rodando la mercadería hacia fuera del buque (ro-ro), etc.

Termina la responsabilidad de la terminal sobre la carga bajo su custodia, cuando la misma egrese de la terminal y quede bajo control de su consignatario. Ocurre este traspaso de responsabilidades al revés, o sea desde el control del cargador al buque, con la intermedia custodia y responsabilidad consecuente de la terminal.

Las responsabilidades de la terminal principian con las tareas de control, desde que el buque es arrimado al muelle para su amarre y la siguiente apertura de sus bodegas para iniciar su desestiba y descarga.

La Ley de la Navegación además, entre sus normas procesales, dispone en su capítulo 2 (Arts. 520 a 530) sobre este tema, con una minuciosa como desafortunada regulación, titulada "De la Verificación al tiempo de la Descarga", cuando en rigor de verdad debió decir "Al tiempo de la entrega", pues de eso se trata.

Dice el artículo 529 que la Autoridad Aduanera (podemos hoy decir también, la "Terminal Portuaria"), sea que se descarguen los efectos a depósito fiscal, a plazoleta o a depósito abierto, debe dejar constancia en un registro especial de: a) la diferencia de peso de la mercadería con respecto al marcado; b)-señales que tuvieran, individualizándolas, si hay posibilidad de sustracciones; c) las manchas o señales externas que hagan presumir la posibilidad de avería.

Hoy, a veces, no se pesan los contenedores. Antes, la A.G.P. alegaba que no recibía "contenido", sino "bultos". Si se comprobaban sustracciones se hacía responsable a la A.G.P. (Fallo, 2001) (14).

El artículo 521 dispone que debe darse aviso por publicaciones en los diarios de mayor circulación y dentro de dos días de terminada la descarga total del buque, indicando fecha y hora en que se hará la revisión de los efectos descargados (Que debe iniciarse después de transcurridos dos días de las publicación y dentro de los cinco días subsiguientes).

Estas normas de complicado cumplimiento, carentes de pragmatismo (GONZALEZ LEBRERO, 2000) (15) están hoy virtualmente derogadas, con la modernización y agilidad de la operatoria portuaria.

Se agregaba en el artículo 522, que si las partes no se ponen de acuerdo sobre el estado de la mercadería, vale decir los términos del acta de constatación, se debe realizar una pericia judicial para determinar la naturaleza de la avería, su origen y monto (Por ejemplo, que no estaban cerrados los bultos, que estos estaban mojados, que existen diferencias de peso, que se cuentan sólo quince televisores, de veinte que se consignan en el conocimiento, etc.). Si no se firma constancia escrita, ni hay pedido de pericia, la norma dispone la presunción de correcta entrega, extremo que puede desvirtuarse por prueba en contrario, cosa que en la práctica es bastante difícil. Las normas de los artículos siguientes establecieron, que si una parte no se presenta, la que concurrió, puede revisar con intervención de la Aduana (Art. 523), que si las averías no son visibles externamente, y no se descarga en las condiciones del artículo 520, el destinatario de la

mercadería tiene treinta días para citar al buque en jurisdicción portuaria y que si la retira en el plazo señalado, debe citarlo dentro del término de dos días siguientes al retiro, comprobando la identidad de los objetos (de lo contrario se establece presunción de correcta entrega) (Art. 524). Si las averías son visibles, entregándose directamente del buque al destinatario, este debe observar en el acto, los daños o disminuciones, exigiendo al transportador constancia escrita, y en caso de negativa de esta constancia puede solicitar pericia judicial y dentro de los dos días de retirada la mercadería, comprobando la identidad de los efectos. En cualquiera de estos casos, si no se pide la pericia y salvo prueba fehaciente en contrario, se presume la correcta entrega (Art. 525).

d)-La Ley 24.921 sobre Transporte Multimodal:

Esta ley interesante, pero aún sin reglamentar (RAVINA, y ZUCCHI, 1999) (16) pese al tiempo transcurrido desde su sanción, aporta una serie de normas que tangencialmente tratan de las terminales portuarias, como depositarias de mercaderías objeto de dicho transporte. Así, el artículo 2º brinda definiciones legales de "Depositario", "Estación de transferencia", "Terminal de Cargas", y el artículo 19 que dispone una remisión normativa en supuestos de daños localizados, vale decir ocurridos a la mercadería en un determinado "modo" de transporte casos en que la responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal se regirá por el sistema previsto y especialmente correspondiente a ese modo. Si el daño a la mercadería se produce en un modo determinado de transporte, o en una estación de transferencia, el "Operador" será solidariamente responsable con ese transportista o esa estación de transferencia, etc. y esa "estación" puede ser una Terminal Portuaria, (Art.20).

Determinado el valor a indemnizar, la ley dispone que será el de la mercadería en el lugar y el momento de la entrega (Art.22), solución que establece un primer y lógico parámetro, límite de la pretensión resarcitoria, referencia que también se establece para el transportador marítimo en el artículo 277 de la Ley de la Navegación.

Si el daño es localizado, se establece un límite cuantitativo que será el que se contempla para cada modo de transporte en la legislación respectiva, y si la legislación no prevé este invento antijurídico, como por ejemplo en el transporte terrestre, pues no habrá ningún límite legal, y esta saludable aclaración que hacemos, advierte sobre que la limitación es una forzada e injusta excepción introducida por las leyes marítima y aérea al derecho común. Insistimos, si el daño se localiza en el transporte marítimo o aéreo será la responsabilidad limitada, esa es ya una alegre excepción, si no nó, siempre que en este caso se localice el daño en el trayecto terrestre, en depósitos, puertos, etc. Pero, según la ley (art.40), si el daño no es localizado se establece un límite de hasta 400 pesos argentinos oro por bulto o unidad de flete (Podríamos decir bromeando, que si no determino que hay excepción (transporte marítimo / aéreo) te perdono, no te mato, (hay localización establecida del daño en un trayecto de transporte terrestre o supuesto no aéreo o marítimo, pero si no sabemos en que trayecto o lugar ocurrió el daño, te mato igual...! Bien por el lobby de los transportadores multimodales!). Vale decir, si en el desarrollo de un transporte multimodal no se pudiera determinar el momento en que se produjo el daño, incluyendo estaciones de transferencia, depósitos o terminales de carga, o cuando se produjera en los modos ferroviario o carretero, se prevé un límite cuantitativo, que en su monto y modalidad resulta la misma prevista en el Derecho Marítimo de nuestro país, en el Artículo 278 de la Ley de la Navegación.

Vale decir, como con cuidada análisis e ironía Mohorade hace notar (MOHORADE, 2003) (17), en el segundo párrafo del artículo 24 se contiene un error monumental y quizás involuntario de los que inventaron su redacción. De su lectura, en los términos en que la ley quedó redactada, en ninguna parte ésta dispone que cuando el daño fuese localizado en estaciones de transferencia, depósitos, terminales de carga o terminales portuarias (18), operará la limitación de responsabilidad prevista. Se deberá aplicar el principio del principio del artículo 19 que remite a la legislación correspondiente, y en estos casos la legislación argentina no prevé limitación de responsabilidad alguna.

El art.29 de la ley que citamos establece que los empleados, agentes o

cualquier subcontratado por el O.T.M., puede oponer las mismas causales de exoneración y límites de responsabilidad que el O.T.M., y la suma de todas las indemnizaciones que estos puedan pagar no superará los límites del art.24. Es una consagración legislativa de la llamada "cláusula Himalaya", a la que referiremos después.

Cabe también recordar que el art.31 de la Ley de Transporte Multimodal establece la nulidad de ciertas cláusulas insertas en la documentación del transporte multimodal, sea las que disminuyan la responsabilidad más allá de lo que ya la ley prevé con sus límites y generosas exoneraciones, o las que modifiquen la carga de la prueba en perjuicio del usuario, o las que dispongan que el seguro de la mercadería sea cedidos al O.T.M., a los transportistas efectivos o a los depositarios, como las terminales portuarias. Es esta también una norma análoga, la del art. 280 de la Ley de la Navegación.

III) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL- LOS CONTRATOS

La responsabilidad de las terminales portuarias es directa consecuencia de los lazos contractuales que traban con los usuarios (armadores y dueños de las cargas) y de las extracontractuales. La primera es la propia de un depositario y casi siempre, además, locador de obra, en moldes conocidos del derecho común

El depósito (Art.2188 del Código Civil), obliga al operador portuario a entregar la mercadería confiada a su cuidado, en el mismo estado de conservación con que este la recibió y en las condiciones pactadas. Pero asimismo, esa entrega se transforma en un resultado pactado, la transferencia de los efectos entre el medio acuático y el terrestre, o la inversa (CHAMI, 1997) (19), o sea que el depósito se yuxtapone a una locación de obra.

El depósito, contrato real, es en este caso "comercial" (Art. 572 del Código de Comercio). El operador es comerciante, lo depositado es una cosa mueble y ello ocurre a través de una contraprestación que se pacta, ora con los buques, ora con los consignatarios y cargadores, aún cuando se hable de "tarifas".El contrato, es no formal, no obstante firmarse documentación probatoria de lo convenido como recibos, es usualmente

voluntario, aunque en supuestos como el de la mercadería alijada del buque al muelle en razón del incendio del primero (Art. 2277 y s.s. del Código Civil) será necesario.

También podría afirmarse que es un contrato de ejecución continuada y de adhesión (CHAMI, 1997) (20), por el uso y consagración de clausulados predispuestos que el usuario no está en posición de equilibrio contractual para discutir o variar. De allí que se pueda discurrir sobre la posibilidad de invalidez de ciertas cláusulas abusivas.

En otro orden de cosas, cuando la entrega de la mercadería a la terminal es realizada por el buque, naturalmente ello se hace para que posteriormente aquella la entregue al consignatario, y por lo tanto se contrata la desestiba y depósito con el operador y debe entenderse que el transportador (buque) actúa así en representación del destinatario dueño de la carga y mal podría negarse personería a este en sus acciones intentadas contra la terminal, en una posición que se acumula a la posibilidad de considerar todo, desde el punto de vista del dueño de la carga, como el incumplimiento de la final etapa del contrato de transporte hecha por el buque. Así lo declaró la jurisprudencia, como lo recuerda Mohorade (MOHORADE, 2003) (21), reconociendo esa personería activa, hasta el criticado fallo "Lipsia S.A.I.C. y Fc. c/ Terminales Río de la Plata (T.R.P.) y otro", donde se negó esa posibilidad, dictaminándose que el consignatario sólo tiene acción contra el transportador marítimo, y que tampoco la tiene como acreedor de una responsabilidad extra contractual (ANGRIMAN, 2000) (22).

Básicamente, del contrato celebrado entre la terminal (depositario) y depositante (usuario), surge la obligación para la primera de guarda y custodia de la mercadería, en lugar seguro, seco, apropiado para cada tipo de carga, además de la carga, descarga, estiba, desestiba, consolidación y desconsolidación de contenedores, provisión de servicio de frío, etc., para finalmente entregar la mercadería a quien se ha pactado, el buque o el titular de la mercadería según la documentación que ampara la misma, conocimiento etc.

El depositante, sea el dueño de la mercadería o el buque (por si o por otro, como gestor del anterior), deberá pagar por el almacenaje y otros servicios, movimientos de transferencia de la carga, etc. e indemnizar por los perjuicios que la mercadería cause a la terminal.

Según el artículo 36 de la Ley de Transporte Multimodal, el dueño de la mercadería puede limitar su responsabilidad frente a terceros, tal como lo haría el operador de transporte multimodal, el transportista efectivo o el depositario, en una solución que intenta brindar un trato igualitario, en una situación de asimetría entre el "expedidor" y el "otro" (RAVINA Y ZUCCHI 1999) (23).

IV) ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD –CAUSALES DE EXONERACION

La responsabilidad de la terminal portuaria frente al dueño de la carga es convencional y es legal, subjetiva y, además de culpa presumida, ya que para ser indemnizado, al damnificado sólo le bastará probar el contrato, la transmisión de la custodia sobre la mercadería a la terminal y el daño producido, dentro del ámbito temporal y espacial de la guarda asumida.

Por su parte, la terminal, para librarse de responder por lo asumido en el contrato, deberá probar que en el caso concreto le asiste alguna de las causales de exoneración legales, que son las previstas por el derecho común: caso fortuito, fuerza mayor, vicio propio de la mercadería, culpa del depositante o de un tercero por quien la terminal no deba responder.

Afirmada la responsabilidad de la terminal, es de aclarar que la misma es integral, no limitada.

1)-Caso fortuito o fuerza mayor:

Si la causa de la pérdida o daño de la mercadería, se encuentra en un hecho de estas características, deberá probarse que existieron las mismas en el caso concreto, vale decir la imprevisibilidad o inevitabilidad del acontecimiento que, como parámetros legales, el derecho exige que rodeen un hecho así calificado, según lo dispone entre nosotros el artículo 514 del Código Civil. De tal manera que los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza no lo son, ni tampoco los hechos del hombre, como la guerra, o hechos del soberano.

En el caso de una terminal portuaria construida en las cercanías de un río afectado por sudestadas frecuentemente, (ejemplo en el barrio de La

Boca), no parecería que la terminal pueda ampararse en esta causal para no responder, porque entre los riesgos de los ríos están las crecientes extraordinarias (MOHORADE, 2003) (24),

En cuanto al ya habitual caso de los asaltos a mano armada o de simple raterismo que afectan la mercadería, también la jurisprudencia, ha ido considerando con más severidad a los depositarios, camioneros, terminales, etc. exigiendo que el hecho delictivo padecido reúna las calidades de imprevisibilidad e inevitabilidad del art. 514 del Código Civil y examinándose las circunstancias , se exigen en el "guardián" la adopción de medidas adecuadas de seguridad frente a los robos, como la contratación de vigilancia especial, seguimiento satelital, y otras, calificándosela, a la falta de custodia, como imprudente (FALLO, 2006) (25) etc.

Respeto al "incendio" de una terminal portuaria, que es otro caso examinado por la jurisprudencia, debe considerarse que de por si este hecho no es caso fortuito, según así se ha considerado (Fallo, 1993) (26). Vale decir, la terminal que alegue que el incendio que afectó mercaderías a su cuidado, es considerado caso fortuito, deberá probarlo para que opere tal exoneración .No rige en este caso la norma del art. 1572 del Código Civil sobre la locación de cosas ,supuesto en donde el caso fortuito se presume, ni tampoco el supuesto del art. 275, inc. "b" de la Ley de la Navegación, por el cual el transportador de mercaderías por agua goza de esta particular exoneración, cumplidos ciertos extremos legales (ROMERO BASALDUA, 1895) (27). En el caso del incendio en terminales portuarias, no se dan ni uno ni otro supuesto. Sólo eximiría el incendio si se probaran los requisitos exigidos en el art. 514 del Código Civil.

2)-Vicio propio de la mercadería.

Existen mercaderías de peligrosa auto combustión (algodón, harina de pescado), típicos ejemplos incluidos a nuestro modo de ver en el catálogo de vicio propio de la carga. Siempre que la terminal no haya asumido especialmente tales riesgos, ni haya ante este procedido con adecuado tratamiento para evitar el daño, no responde.

Otro caso común por el cual la terminal portuaria si podrá alegar exitosamente la exoneración de responsabilidad, es el de la mercadería perecedera (fruta madura), que se echa a perder por la demora del

consignatario en proceder a tiempo a su debido retiro, aún cuando bien considerado, estamos frente un caso de "culpa del propio damnificado".

3)-Culpa del depositante

Los casos en que la actitud del dueño de la mercadería frente a la misma son causa de su pérdida o deterioro encuadran en esta hipótesis. Ejemplo de ello son los embalajes defectuosos, la insuficiencia de marcas y señales de la mercadería, las indicaciones que determinan y obligan a especiales cuidados sobre la mercadería, etc. El cuidado de insertar marcas como "arriba, "abajo", "handle with care", etc. acompañan a la mercadería y son propias de la actividad de su dueño insertarlas y asegurarse de su permanencia y exactitud.

4)-Culpa de un tercero por quien la terminal no deba responder.

Esta causal de exoneración de responsabilidad del derecho común, y que funciona como consecuencia del art. 1113 del Código Civil, a contrario sensu, se constituye en otra de las que puede con éxito alegar la terminal portuaria, a condición de demostrar que reúne los requisitos de la fuerza mayor.

Pero, como decimos mas arriba, por ejemplo, el "robo" de la mercadería por un tercero no basta. Deberá probarse la toma de medidas de seguridad por parte de la terminal para que tal hecho no ocurriese, ya que no es automática la exoneración, probándose el hecho y la relación de causalidad proveniente de un tercero

Tenemos otros casos que se presentan en las terminales portuarias. Por ejemplo, una mercadería contaminante depositada por un usuario, que daña a otra mercadería, la del damnificado también depositante en esa terminal. Ello no lleva necesariamente el caso a exonerar de responsabilidad a la terminal frente a aquel, alegando culpa de un tercero (AGUIRRE RAMIREZ y FRESNEDO de AGUIRRE, 2000) (28), aún cuando el propietario de la mercadería explosiva, venenosa, contaminante, sea el último y en definitiva responsable. Y decimos esto pues, también solidariamente debe la terminal responder, si tuvo conocimientos de la peligrosidad de lo recibido y actuó con negligencia en su aceptación, su estadía, su traslado y manipuleo. No sólo debe probar este la culpa de un tercero, sino aportar prueba de su

diligencia en el trato de mercadería, ya que la terminal tiene y mantiene la custodia de lo depositado (Arts. 2202, 2203 Código Civil, Art.1113, 2da. parte).

El operador de la terminal podrá accionar contra el dueño de la mercadería que causó el perjuicio, procurando repetir de su dueño, el resarcimiento de las sumas pagadas a los dueños de las perjudicadas (Art. 2224 del Código Civil).

Expresamente la ley de Residuos peligrosos n° 24.051, art. 47, el dueño o guardián de las mismas (Terminal portuaria en nuestro ejemplo) no se exime de responsabilidad, aunque demuestre culpa de un tercero por quien no debe responder.

d) No limitada.-

La responsabilidad de las terminales portuarias no es limitada cuantitativamente. Parece increíble que abusando del lenguaje, del buen sentido y de la paciencia de quien lee o reflexiona sobre este tema de la responsabilidad, deba aclararse diciendo "ilimitada", pues eso es lo normal, es regulado por el derecho común, ajeno a este invento antijurídico que es la limitación de responsabilidad (ROMERO BASALDUA, 1985; FERRER,1972) (29). Aclarémoslo aquí, esta responsabilidad de las terminales portuarias no puede ampararse en los límites cuantitativos, que inventadas, aún subsisten en las leyes del Derecho de la Navegación para transportadores marítimos y aéreos.

Se ha observado bien que la terminal no se va a poder amparar ni siquiera en el límite constituido por el valor de la mercadería, que ya es un tope a indemnizar, pues no está previsto, debiendo responder por lucro cesante, pérdida de mercado y cualquier otro daño que hubiere sufrido el dueño de la mercadería, como consecuencia de su pérdida o daños sufridos. (MOHORADE, 2003) (30).

Esta situación , como observa Mohorade, es paradójal, pues si la estiba de la mercadería hace parte de un transporte multimodal, el tope limitativo sería el valor de la mercadería (Art. 24, Ley 24.921), (RAVINA, y ZUCCHI, 1999) (31), pero si el daño es localizado (Art. 19 de esa ley),se remite la solución a la prevista en el contrato específico y, reiteramos – en el depósito no se limita la indemnización al mero valor de la carga de la

mercadería, y la misma se debe extender a todos los daños causados, sin límites prefijados legalmente.

V) CLAUSULA "HIMALAYA"

La inclusión de la llamada cláusula "Himalaya", en los contratos firmados entre las terminales portuarias y sus usuarios es una constante observada. Las terminales incluyen la referida situación, así "pactada", en el sentido de la posibilidad que estas tendrían de ampararse en las mismas causales exonerativas o limitativas de responsabilidad del transportador marítimo.

La cláusula "Himalaya", redactada y de inclusión usual en los billetes de pasaje y conocimientos de embarque, luego del caso "Adler c/Dickson y otro ", resuelto en Gran Bretaña en el año 1954 (FALLO, 1954) (32), consiste en dejar claro que los dependientes y agentes del transportador también podrán ampararse en las exoneraciones y límites de responsabilidad del transportador,

su principal, en los casos en que los subordinados fuesen los demandados. El buque "Himalaya", fue el que transportaba a un pasajero que a consecuencias de la ejecución del contrato de transporte de pasajeros, sufrió daños corporales, íntegramente condenados a ser indemnizados por los demandados que eran los subordinados representantes del transportador. Nuestra Ley de la Navegación prevé esta extensión del amparo en los arts. 290 y 342.

Antes de comenzada la carga del buque y después de acabada dicha operación, tanto el transportador marítimo (Ley, 1973) (33), como las terminales portuarias, deben responder integralmente según el derecho común.

¿Puede la terminal limitar su responsabilidad, alegando pretendidamente la calidad de "dependiente" del transportador, durante el tiempo que si se la admite para el transportador?

Quienes piensan que si resulta válida tal cláusula, sostienen que sería absurdo que un mismo hecho (descarga de la mercadería del buque) tuviera encuadre jurídicos distinto, por la sola circunstancia de que sean realizadas

tales tareas por el buque directamente o por la estiba provista por la terminal (CHAMI, 1986) (34).

Por el contrario creen otros, entre quienes nos contamos, que el art. 290 de la Ley de la Navegación con su precisa redacción, impide a las terminales alegar para su beneficio su aplicación, ya que dicha norma sólo se refiere a "dependientes del transportador", siendo que en verdad la terminal resulta en verdad un contratista independiente. Pero además, los contratos no obligan sino a las partes del mismo, y no tienen efecto contra terceros (Art. 1199 del Código Civil), salvo el caso de los artículos 1161 y 1162). La relación de la terminal con el consignatario es extracontractual. No fue con ella que este último contrató.

Pero debe agregarse, que en la mayoría de los casos, la cláusula "Himalaya", se inserta como parte de un contrato de adhesión. No se incluyó con libre y meditada voluntad del usuario y la misma sería así irrazonable. No es justo, pues además, los riesgos del transportador son distintos a los corridos por el estibador, o sea la terminal portuaria. Sin constituir esto último justificación de la ilegítima limitación de responsabilidad, si el antojadizo argumento de los "riesgos corridos" del primero se intentan como su fundamento (tempestad, escora del buque, varadura, etc.), los de la terminal son por ejemplo, que se reviente un montacargas, o que los empleados no vayan ese día a trabajar, un accidente e tránsito de vehículos en el muelle, etc., vale decir riesgos empresarios que nada tienen que ver con la aventura marítima.

VI) DAÑO A CONTENEDORES Y SU CONTENIDO. DAÑO LOCALIZADO

En general, resulta difícil determinar donde se produjo el daño ocasionado a la carga estibada en "containers", salvo el caso de agua salada que se encuentre en su interior, causa de la corrosión de metales, etc.

Por razones de tiempo, los "containers" a veces no se pesan al ingreso a la terminal, sin contar ello con una situación económica, que son los costos que puede demandar la operación.

Según la Ley de la Navegación (Art. 520), la autoridad aduanera debe pesarlos (Antes la A.G.P., hoy, como afirma Mohorade en una interpretación

evolutiva, debe entenderse que lo será la terminal portuaria, ya que a ambos les conviene dejar en claro – usuario y terminal – previniéndolo, donde podría haber sustracciones de mercadería del interior del container. Supuestamente, si a posteriori de constatarse el faltante del interior del container, este pesa igual que a su recepción a la terminal, estará la misma relevada de responsabilidad.

En fin, que si la terminal “pesara” todos los bultos y los containers, se determinaría si el siniestro se operó en su ámbito de custodia sobre el container, o sobre el del buque. Si no se pesan los bultos y el buque no lo exige, deben uno y otro correr el riesgo de responder.

En un caso en que se comprobó la violación del container, y la sustracción de la mercadería, sin poder probarse que ello había ocurrido durante la custodia del buque, o la custodia de la terminal, se revocó un fallo de primera instancia por el cual se había condenado solidariamente a ambos, diciendo el tribunal de alzada que más injusto era condenar a un inocente que dejar sin reparación al dueño de la mercadería, la víctima ¿Es esto justo? (Fallo, 1995) (35).

Dejando aquella y polémica solución , se ha aducido que toda vez que el titular del depósito debe restituir la cosa depositada en el mismo estado en que se la recibió , si no tomó las previsiones correspondientes para dejar a salvo su responsabilidad, debe presumirse que el robo de la mercadería se produjo cuando el container estaba bajo su custodia ,si la empresa que explota el depósito no dejó constancia o reserva al momento de su recepción, del peso del contenedor, ni de la existencia de roturas, señales de violación de precintos, etc. que pudieran indicar deterioro o violación de aquel.-Arts. 520 y 525 de la Ley de la Navegación –Caso contrario se presumirá que el robo o faltante se produjo cuando el mismo se encontraba ya bajo esa custodia (Fallo, 2001) (36).

VII) CONVENIO INTERNACIONAL DE VIENA ,1991

La UNCITRAL (Conferencia de Naciones Unidas para la unificación del Derecho Internacional), el 19 de abril de 1991, aprobó el llamado “Convenio

Internacional sobre responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte Internacional”.

Sintéticamente se podría decir que el mismo establece para los empresarios de las terminales, una responsabilidad subjetiva, que permanece sobre esos sujetos mientras dure la custodia de la mercadería y que el régimen de exoneraciones y límites de resarcimiento instaurados aprovecha a sus empleados.

El Convenio contiene una causa de exoneración que se repite en otros instrumentos del Derecho de la Navegación, que consiste en la posibilidad de aportar la prueba de la adopción de las medidas necesarias por parte del empresario, sus empleados o agentes, para evitar el daño o que en su defecto, le fue imposible tomarlas (Art. 5º). Si la terminal accionada por pérdidas o daños a la mercadería depositada aporta esta prueba, no responde.

El Convenio fija además límites a la mencionada responsabilidad: 8,33 DEG por kilogramo de peso de las mercaderías perdidas o dañadas, o de 2,76 DEG, si la terminal se vincula a medios acuáticos de transporte (Art.6º). Estas cifras (U\$S 12,-) y (U\$S 4,-) respectivamente en su traducción a la moneda norteamericana, resulta irritante para los damnificados y bien se han calificado estas cifras de vergonzosas y ridículas, (MOHORADE, 2005) (37).

El Convenio cuenta al momento con numerosas ratificaciones, pero no de la Argentina.

También debe recordarse que, según el Convenio, de las prerrogativas, límites etc. establecidos para beneficiar al porteador, pueden prevalecerse las terminales, que son simplemente “estibadores”, o sea, se consagra legislativamente en el orden internacional la famosa cláusula “Himalaya”.

Referencias

- 1) BENGOLEA ZAPATA, Jorge, 1975, "Autonomía y Principios Generales del Derecho de la Navegación", en IIas. Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, (Noviembre).
- 2) ARROYO, Gabriela, 2006, "Responsabilidad de las Terminales Portuarias de Puerto Nuevo, Puerto de Buenos Aires, Argentina" En Rev. "Ateneo del Transporte" (Diciembre), nº 43, pág.9
- 3) ROMERO BASALDUA, Luis C. , 1996, "Derecho Marítimo". Tomo I, Córdoba, pág.211.
- 4) ROMERO BASALDUA, Luis C., 1996, "Derecho Marítimo", op cit ,T. I, pág.214.
- 5) CORNEJO FULLER, Eugenio "Responsabilidad de los operadores portuarios", En Revista de Estudios Marítimos, nº 48, pág. 3.
- 6) ROMERO CARRANZA, Fernando "Responsabilidad por la custodia y entrega en los diferentes sistemas portuarios: El caso argentino", Buenos Aires. Rev."Marina", nº 571 /Abril de 1997, pág.14.También "La Responsabilidad de los puertos y las terminales portuarias particulares".En Revista de Estudios Marítimos (Dic 1995), nº 49, pág.48.
- 7) MOHORADE, Alfredo, 1990, "Plazoletas, estibas y hangares de emergencia: Irresponsabilidad de la Administración General de Puertos", en Rev. "Ateneo del Transporte", nº 2 (Octubre), pág. 52.
- 8) CORNEJO FULLER, Eugenio."Responsabilidad de los operadores...",op cit. pág.5.
- 9) ARROYO, Gabriela "Responsabilidad de las Terminales...", op cit. pág.22.
- 10) PORCELLI, Fernando L., 2004, "Régimen de los contratos vinculados a la utilización de contenedores . En "Problemas actuales de Derecho Marítimo en la Argentina", dir. por Jorge M. Radovich, Bs. Aires, pág. 215.
- 11) ROMERO CARRANZA, Fernando."La Responsabilidad de los puertos...", op. cit., pág.551, al recordar que el resultado obtenido será precisamente "la transferencia de los efectos entre el medio acuático y terrestre".
- 12) MONTIEL, Luis Beltrán, 1975, "Curso de Derecho de la Navegación", Bs. Aires, pág.319.
- 13) ROMERO CARRANZA, Fernando "La responsabilidad de los puertos..." Op. cit. pág. 53.
- 14) Manteniéndose un criterio ya sentado. Ver fallos recientes:"La Holando Sudamericana Cnia. de Seguros S.A. c/Capitán y /o armadores y /o propietarios del buque Gloria Peak". C.Nac.Civ. y Com Fed., Sala 3ª., 15 de Marzo, 2001, en J. A.-2001-III, pág.687.
- 15) GONZALEZ LEBRERO, 2000, Rodolfo "Manual de Derecho de la Navegación",4ta. Ed., Buenos Aires, pág. 747.
- 16) RAVINA, Arturo Octavio y ZUCCHI, Héctor A., 1999, "Régimen del Transportador Multimodal", Buenos Aires, pág.101.
- 17) MOHORADE, Horacio "Algunos Aspectos sobre la responsabilidad de las terminales portuarias", en Rev. "Ateneo del Transporte", nº 33 (2003), pág. 21 y "Seminario de Derecho Marítimos e Intereses Marítimos- Córdoba, 2005", U.N.C., Agosto de 2005.
- 18) Conforme al criterio de la Ley de Puertos nº 24.093.

- 19) CHAMI, Diego Esteban, 1997, "Algunas reflexiones sobre la Responsabilidad de las terminales portuarias". En Revista de Estudios Marítimos, nº 50 (Año XXIII, Diciembre) analiza el tema. También Horacio Mohorade, 2005, en "Simposio de Derecho Marítimo e Intereses Marítimos – Córdoba, 2005" Facultad de Derecho y C. Sociales., Agosto.
- 20) CHAMI, Diego Esteban "Algunas reflexiones...", op. cit. en nota 50.
- 21) MOHORADE, Horacio, 2000, "Algunos aspectos sobre la responsabilidad...", op.cit., pág.25; Caso "Lipsia" (C.N.Civ. y Com., Sala III, 27 de septiembre). en Rev. "Ateneo del Transporte", nº 30, pág.71.
- 22) ANGRIMAN, Marcelo A. "Obligaciones concurrentes en el Derecho de la Navegación" (Comentario al Fallo "Lipsia Saic y F c/ Terminales Rio de la Plata S.A.), en "Problemas actuales de Derecho Marítimo...", op. cit., pág.167.
- 23) RAVINA, Arturo Octavio, y ZUCCHI, Héctor A., "Régimen del Transporte...", op. cit.
- 24) MOHORADE, Horacio "Algunos aspectos...", op. cit, pág.26.
- 25) Causa "La Meridional Cnia. Argentina de Seguros S.A. c/ Rigatosso Hnos.S.A. s/ Faltante y o/ avería de carga, Transporte terrestre". C.N.Apel Civil y Com.Federal (Sala II), 22 de diciembre 2005, etc. Pub. en Rev. "Ateneo del Transporte", Nº 43, pág.78).
- 26) "La Buenos Aires Cnia. de Seguros S.A. c/ A.G.P.", C.N.Civ. y Com. Federal, Sala III, causa 4356, 2 Dic., 1986. Rev. "Ateneo del Transporte", Nº 1, pág.53; "Marchase de Damico, Ana c/Transportadora Coral S.A", también de la Sala III, 6 de agosto, 1993. En Rev. "Ateneo del Transporte", nº 13, pág.48.
- 27) ROMERO BASALDUA, Luis C., 1985, "Responsabilidad del Transportador de mercaderías por agua", Córdoba, pág.158.
- 28) AGUIRRE RAMIREZ, Fernando y FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia., 2000, "Transporte Terrestre", Montevideo, Uruguay, quienes hacen extensiva estas elementales normas de responsabilidad al supuesto de los depósitos en tránsito, citando el caso de la Jurisprudencia uruguaya "La Mannheim c/ A.N.P." donde se rechazó la defensa de "culpa de un tercero", explicando que "...el transportador tiene una obligación de seguridad hacia la carga que lo hace pasible de responsabilidad por negligencia en el adecuado cuidado y vigilancia de la misma toda vez que la carga es hurtada y aún cuando pudiera probar que el hurto fué obra de terceros sujetos que no hayan actuado en complicidad con sus funcionarios".
- 29) ROMERO BASALDUA, Luis C. "Responsabilidad del transportador..." op. cit. pág. 166., FERRER, Manuel Augusto (h), 1972, "Proposiciones ante la declinación de la Convención de Varsovia La Haya", Bol. de la Fac. de Derecho y Cs. Soc., U.N.C., En-Dic., Nº 1/5, pág. 59.
- 30) MOHORADE Horacio, 2005, "Algunos Aspectos..." Op. cit., pág.27 y op. del autor en "Seminario de Derecho Marítimo..." cit., Córdoba.
- 31) RAVINA Arturo Octavio y ZUCCHI, Héctor A. "Régimen del Transporte..." Op. Cit. pág.91.
- 32) Ver "Lloyd List Law Reports", 1954, T. 2, pág. 267.
- 33) Ley de la Navegación, art. 267, a contrario sensu.
- 34) CHAMI, Diego Esteban, 1986, "Cláusula atributiva de jurisdicción", en Revista de Estudios Marítimos, nº43, año XIV, pág. 99.

- 35) Caso "Argos Cnia. de Seguros S.A. c/ Buque "Americana".30 de agosto, 1994, C. Fed. (Sala II), En Rev. "Ateneo el Transporte", nº 14, Pág. 56.
- 36) Caso "La Holando Sudamericana Cnia. de Seguros S.A. c/Buque "Gloria Peak", C.N.Civ. y Com. Fed. (Sala III), 15 de Mayo, 2001). En Rev. J.A., 2001, T.III, pág.697.
- 37) MOHORADE, Horacio, 2005, op. cit, en "Seminario de Derecho Marítimo...", Córdoba.

Cita de este artículo:

ROMERO BASALDUA, L. (2012) "Responsabilidad de las terminales portuarias por las mercaderías depositadas y en tránsito"
Revista IN IURE [en línea] 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2.
pp.13-38. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

ORIGENES DE LOS RECURSOS¹ PROCESALES. EL SISTEMA DE INSTANCIA² ÚNICA, TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994: EL CASO DEL PROCESO CIVIL RIOJANO

Ab. Alejandro Alberto Moriconi

Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas
Abogado – Mediador. Doctorando en RRII (UNR).
Profesor Investigador del Instituto para el
desarrollo de la Inteligencia y la Comprensividad
Social del CICYT UNLaR.
Profesor Adjunto de la Materia Introducción al
Derecho (UNLaR).
Ex Miembro de la Sociedad Internacional de
Derecho Militar y Derecho de la Guerra.

Palabras claves:

*Constitución Nacional,
sentencia, impugnación
judicial.*

Key words:

*National Constitution,
sentence, judicial
challenge.*

Resumen

La presente ponencia, basada en un estudio cualitativo, de tipo descriptivo y cuyos instrumentos de recolección de datos han estado centrados en la Observación no participante, busca introducir al lector en el origen de los Recursos Procesales para posteriormente conducirlo en el marco de la legislación argentina, al órgano Jurisdiccional Judicial de la Provincia de la

¹ Medio establecido en la ley para obtener la modificación, revocación o nulidad de una resolución judicial, ya sea del mismo juez o tribunal que la dictó, o de otro de superior jerarquía.

² COUTURE, Eduardo (1958). Compleja actividad jurisdiccional que se sitúa entre determinados momentos en el desarrollo del proceso.

Rioja con la intención de observar sus medios de impugnación en un Sistema de Instancia Única.

El Sistema de Instancia Única en el Proceso Civil Riojano³ constituye un modelo jurídico que contrasta con el Proceso Civil de la Nación Argentina y que obliga a formular el siguiente interrogante: ¿Se corresponde el Sistema de Instancia Única con las garantías recursivas a las que adhirió nuestra Constitución Nacional tras su reforma en el año 1994?; de ser así, ¿Qué razones jurídicas nos condujo a suprimir el Recurso Ordinario de Apelación como doble instancia procesal e introducir en su reemplazo el Recurso Extraordinario de Casación?

En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico no se agota en la Constitución Nacional, ya que el ápice de su estructura normativa conforma un nuevo bloque o plataforma de derechos que van más allá de sus componentes dogmáticos (Art. 1 al 43) y orgánicos (Art. 44 al 129), habilitando la competencia y el ejercicio de innumerables tratados internacionales de jerarquía constitucional, superior a las leyes.

Abstract

This paper, based on a qualitative, descriptive and whose instruments of data collection have been focused on the non-participant observation, seeks to introduce the reader to the origin of Court Resources and later driving under Argentina law , the Judicial court of the Province of La Rioja with the intention to observe its legal remedies in a Single System Instance.

Single Instance System in the Civil Process is a legal model Riojano contrast to the Civil Procedure of Argentina and that undertakes to declare the following question: Corresponds Single Instance System with recursive guarantees that joined our Constitution after its reform in 1994?, and if so, what legal reasons led us to suppress the ordinary appeal as a second court proceedings and introduce in its place the special appeal?

³ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Rioja – Ley 3372 y sus modificatorias.

At present, our legal system does not end with the Constitution, as the apex of its regulatory structure forms a new block or platform of rights that go beyond dogmatic components (Art. 1 to 43) and organic (Art. 44 to 129) intrinsic, enabling competition and the countless international treaties constitutional hierarchy, above the law.

Introducción a la problemática del tema:

Todo proceso judicial finaliza con el pronunciamiento de una sentencia, la que una vez dictada y notificada a las partes, queda expuesta a la impugnación⁴. La facultad de impugnar se traduce en términos jurídicos en la potestad que tienen las partes de objetar la resolución por medio de los recursos procesales.

Comúnmente el acto impugnativo se lleva a cabo por medio del recurso de apelación, el que tiene por objeto corregir las principales desviaciones que se observan en una sentencia.

De esta forma la sentencia es susceptible de ser impugnada revistiendo el carácter de provisoria y consecuentemente privada temporalmente de sus efectos, por lo que puede sostenerse que se trata de un acto jurídico procesal sujeto a una condición expectante.

Si nos preguntamos ¿Cual es esta condición expectante? Nos responderemos: "que la sentencia no sea impugnada". Si esto sucede dentro del plazo legal establecido, se transforma entonces en un acto puro y simple desde el día de su notificación. Pero en caso contrario, la sentencia no es un acto perfecto, y por lo tanto abre la posibilidad de una nueva etapa procesal dentro de la cual comienza a intervenir una nueva instancia jurisdiccional.

⁴ La impugnación procesal es la facultad concedido a las partes y excepcionalmente a terceros tendiente a lograr la modificación, revocación, anulación o sustitución de un acto procesal que se considera ilegal o injusto.

Ahora bien, si la sentencia es impugnada, esa nueva instancia a la que da lugar, no puede ser solo confirmatoria porque de lo contrario la impugnación no tendría sentido. La expectativa que se genera es la revocación; produciendo un vínculo de ínter actuación entre la primera y la segunda instancia procesal.

Dicho esto, al desarrollar la temática en cuestión, presentaremos en primer término a la Apelación como el medio de impugnación más antiguo a través del cual se pretende objetar la validez interna ó contenido de una sentencia, o bien invalidar la forma mediante la nulidad.

Cierto es que una sentencia puede estar viciada por dos motivos:

1º Por **defectos judiciales** que hacen referencia a las equivocaciones o desviaciones que sufre el juez en la labor normal que desarrolla en la sentencia; o bien

2º Por **vicios de actividad**, consistentes en irregularidades en el proceso que la antecede, razón por la cual supone una actividad contraria a la ley. En este caso podemos hablar de sentencia inexistente o anulable. Nace aquí lo que conocemos como *medio de gravamen* que trata de remediar la posibilidad de que el error judicial dé lugar a una sentencia equivocada. El gravamen estará presente cuando exista una diferencia entre lo pedido al juez, y lo que este nos concede; además de considerar que esa diferencia nos perjudica.

Para interponer el medio típico de gravamen o sea el recurso de apelación, solo basta con sentirse perjudicado por la resolución, pero para interponer un medio de impugnación además es necesario alegar la ilegalidad de la resolución judicial o su injusticia objetiva.

Con esto quiero decir que en toda díada semiótica, una cosa es el significado de la palabra y otra, lo que esta representa. Aquí está el punto de inflexión técnico jurídico de la impugnación entre lo que conocemos como procedencia de un Recurso Ordinario de Apelación, y otro Extraordinario como es la Casación.

La apelación es el medio procesal más adecuado para conseguir el *doble grado de jurisdicción* o una decisión más acorde con la voluntad de la ley. Su finalidad es conferirle a las partes intervinientes en un litigio el grado de certeza y la seguridad jurídica de las garantías procesales del que debe gozar todo sujeto de derecho. A partir de la cuestión resuelta en segunda instancia le caben los recursos extraordinarios de casación o inconstitucionalidad, que son verdaderos medios de impugnación en el sentido de un lenguaje técnico jurídico restrictivo.

Hecha esta introducción sobre el tema que nos ocupa, los invito a compartir esta ponencia e intercambiar opiniones a través de los siguientes datos científicos y análisis practicados en estos escritos como parte de un estudio de Investigación⁵ que venimos desarrollando en la UNLaR desde junio de 2011 junto a un equipo de jóvenes profesionales del derecho y la docencia⁶ y bajo la guía de nuestro querido Rector, con la única intención de continuar colaborando humildemente en el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico y de la noble profesión del Abogado y el Escribano.

Antecedentes del Recurso Procesal:

1. En el Derecho Romano: "La Apelación"

Desde el origen de la civilización en el mundo, y frente a toda sistema de convivencia; el hombre que se sentía agraviado por el resultado de un veredicto buscaba por los medios disponibles a su alcance impugnarlo con la finalidad de obtener de aquel que la dictó (*a quo*); o de un superior jerárquico (*ad quem*); una nueva decisión que le confiriera a su favor la pretensión reclamada.

⁵ Proyecto de Investigación en el ámbito del Instituto para el Desarrollo de la Inteligencia y la Comprensividad Social denominado: Impugnaciones y Recursos Ordinarios y Extraordinarios, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Rioja)

⁶ Ab. Cecilia Tello Roldán, Ab. Ramiro Tapia, Ab. Analia Ramallo, Ab. Adrian Vedia, Ab. Gustavo Díaz, Esc. Miriam Tello Roldán, Esc. Carolina Herrera Gaitan, Becaria, Yanina Castro, Becaria Carolina Gatica y suscrito.

El más antiguo de los procedimientos civiles que tuvo lugar en la vida jurídica de Roma fue el de las *acciones de la ley*⁷. El proceso se iniciaba con la interposición de la acción⁸ y finalizaba con la resolución del juez la que daba a conocer, tras resolver la cuestión litigiosa sometida a su conocimiento.

En el período de la Monarquía romana, el único magistrado era el Rey; pero con el advenimiento de la República, el poder real se transfirió a los Cónsules hasta que en el año 367 a.c tuvo aparición la pretura urbana, y el ejercicio de la jurisdicción pasó a su cargo haciéndose extensiva en el tiempo al peregrino (242 a.c).

Durante la República y el Principado, el proceso se dividió en dos instancias distintivas⁹; 1) Ante el magistrado romano competente (in iure); y en segundo lugar 2) Ante el juez privado (in iudicio o apud iudicem) y recibió el nombre de Procedimiento Formulario.

Con la llegada del Emperador Diocleciano¹⁰ al poder, los magistrados adquirieron la facultad de juzgar los asuntos llevados a su conocimiento, convirtiendo el procedimiento conocido hasta el momento (Formulario - bifásico) por otro mas simple (monofásico) que recibió la denominación de procedimiento Cognitorio.

⁷ Actos jurídicos formales consistentes en solemnidades verbales y ritos simbólicos mediante el cual se iniciaba un procedimiento contencioso que tendía a dirimir un litigio judicial o un procedimiento ejecutivo destinado a lograr la efectividad de un derecho.

⁸ Acto que da inicio al proceso judicial; mediante el cual las partes reclaman su derecho o pretensión para el logro de la tutela jurisdiccional.

⁹ División de funciones entre el magistrado que preside la fase in iure, y el juez que pronuncia la sentencia en la fase apud iudicem. En el ordo iudiciorum el magistrado investido de iuridictio consume su actuación en indicar al juez la norma y el ritual aplicable al caso y en el examen de los presupuestos procesales y sustanciales, ante cuyos resultado da o deniega la acción, pero una vez que concede la acción, la función de juzgar y dictar sentencia es confiada al juez privado, que no es titular de un oficio, y que puede ser elegido por las partes.

¹⁰ Nacido con el nombre de *Diocles*, fue emperador de Roma desde el año 284 hasta el 305. Su rutina giro alrededor de los asuntos legales: responder a las apelaciones y peticiones y emitir dictámenes sobre cuestiones problemáticas.

Cabe citar que en el sistema Formulario el proceso constituía un asunto privado. El juez era un particular cuyo nombramiento se efectuaba a propuesta del actor, o por sorteo de listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio y que debían exponerse en el foro. Su decisión era tomada una vez evaluada las pruebas y escuchado los alegatos, ajustando su pronunciamiento al planteo que los litigantes habían realizado durante el proceso.

Su decisión era conocida con el nombre de sentencia, y representaba el último acto procesal por medio del cual se ponía fin al litigio iniciado por las partes. Esta decisión o sentencia tenía el valor de cosa juzgada (res iudicata); lo que significaba que la causa resuelta por la sentencia judicial quedaba firme revistiendo el carácter de definitiva.

Frente a la situación planteada en el marco del sistema formulario¹¹, el demandante no podía reiterar su pretensión contra el demandado buscando ejercer la misma acción; razón por la cual el veredicto del juez era inapelable, no siendo susceptible de conocimiento y decisión por una autoridad superior.

Pero en Roma no solo se aplicó como proceso civil el Procedimiento Formulario (ordinario). Como hemos indicado precedentemente, también tuvo lugar el sistema Cognitorio (extraordinario). Este último proceso era de asunto público, quedando a cargo del Estado la administración de la justicia. El juez era un funcionario público y por lo tanto podía ordenar la producción de tantas pruebas como creyera convenientes para el esclarecimiento del hecho y del derecho invocado, además de las presentadas por las partes.

Su sentencia podía ser apelada ante un magistrado de rango jerárquicamente superior; y en caso de ser necesario el recurso podía llegar ante el emperador. Como la autoridad pública era instituida según

¹¹ Sistema procesal civil que se sucedió en el curso de la historia jurídica romana siendo un asunto privado que integraba el ordo iudiciorum. El juez era un particular designado por las partes que en materia de pruebas se limitaba a recibir las ofrecidas por los litigantes.

un principio jerárquico, era lógico considerar que se admitiera como regla general la apelatio ante un funcionario de rango superior al que había dictado el veredicto. Frente a ello, cabe preguntarnos: ¿Cuál era su naturaleza jurídica?, ¿Qué alcance tenía esta apelación?, y ¿En qué casos era procedente?

La apelación era un medio de impugnación que las partes intervinientes en juicio, podían interponer contra la resolución dictada por un juez o tribunal y ante el tribunal superior de jerarquía. Los litigantes podían plantear su propósito de apelar de manera verbal al conocer la sentencia, o bien por escrito.

El magistrado del orden superior que entendía en la apelación, tenía facultades para admitir nuevas pruebas y hasta dictar una sentencia más desfavorable para el apelante que la resuelta por el juez inferior. También podía imponer penas pecuniarias accesorias, para aquel apelante cuya intervención fuese temeraria.

La apelación solo tenía lugar ante las sentencias definitivas, no contra las interlocutorias, ni las emitidas en un procedimiento contumacial¹².

Es de resaltar, que la aparición de la figura jurídica apelativa traerá implícito el desdoblamiento de la sentencia en dos momentos: 1) El primero de ellos mediante el dictado de la misma; y 2) El segundo momento con la adquisición de firmeza; aspecto este que solo se obtenía transcurrido el plazo para apelar.

2. En el Derecho Canónico

En el marco de los antecedentes bíblicos¹³; el Libro de los Hechos que pertenece al Antiguo Testamento menciona por primera vez el término y

¹² Actitud de una persona que se mantiene obstinadamente en un error: [defendía su postura con contumacia](#).

¹³ La Biblia, es el conjunto de libros canónicos del judaísmo con el cristianismo. La canonicidad de cada libro varía dependiendo de la tradición adoptada. De acuerdo con las religiones monoteísta judía y Cristiana, el libro transmite la Palabra de Dios. La Biblia es para los creyentes de la palabra de Dios una inspiración divina; que expresa la historia de la humanidad, su creación, su caída en el pecado y su salvación, que expone cómo el Dios creador se ha relacionado se relaciona y se relacionará con el ser humano.

derecho de apelar que tenían las personas ante el CESAR (Libro de los Hecho - Capítulo 25, versículos 8 al 12).

Allí, encontramos a la figura de Pablo (Apóstol) que apela al Cesar alegando en su defensa lo siguiente: Ni contra la ley de los judíos, ni contra el templo, ni contra César he pecado en nada. Seguidamente Festo queriendo congraciarse con los judíos respondió a Pablo diciendo: ¿Quieres subir a Jerusalén y allá ser juzgado de estas cosas delante de mí?

Pablo dijo: Ante el tribunal del César estoy, donde debo ser juzgado. A los judíos no les he hecho ningún agravio como tú sabes muy bien. Porque si algún agravio, o cosa alguna digna de muerte he hecho, no rehusó morir; pero si nada hay de las cosas de que estos me acusan, nadie puede entregarme a ellos. A Cesar apelo.

Entonces Festo, habiendo hablado con el consejo respondió: A César has apelado; a César irás.

Respecto a la Apelación en El Derecho Canónico; la jurisdicción en materia procesal es compartida por tres sujetos diferentes: el Papa, los Concilios y los Obispos.

Los dos primeros eran excepcionales, y ejercida en forma específica para casos graves con materia dogmática siendo, sobre todo, una jurisdicción de carácter penal; mientras que en último caso respondía de manera ordinaria.

En la época del Emperador Constantino no había apelación de la sentencia episcopal, pero con el tiempo, la legislación canónica introdujo dicha posibilidad ya sea ante el Concilio Provincial o Metropolitano. El Papa Valentiniano III introdujo en el artículo 452 del Código Canónico la posibilidad de solicitar a los tribunales ordinarios la ejecución de los laudos obtenidos en la audiencia episcopal por considerar que se fundaban en un compromiso de ambas partes.

3. En el Derecho Contemporáneo: Análisis del Caso Argentino

a. En el marco de la Constitución Nacional, las Leyes y los Tratados Internacionales

En tiempos de modernidad, los Pueblos han diseñado sus órganos jurisdiccionales judiciales como poder de contralor y respeto al Estado de Derecho. Tal es el caso de la República Argentina cuyo Poder Judicial de la Nación es ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso ha establecido en el territorio de la Nación (Art. 108 de la Constitución Nacional); (Corte Suprema de Justicia, Cámaras Nacionales y Federales de Apelación y Juzgados Nacionales en la Capital y Federal en las Provincias).

Tal como lo señala Hugo ALSINA¹⁴, la Jurisdicción es la facultad conferida al Poder Judicial para administrar justicia en los casos sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución.

Dada la forma federal de nuestro régimen constitucional, coexisten en el Estado dos administraciones de justicia, que son la Federal y la Provincial; razón por la cual podemos hablar de justicia federal y justicia provincial, local u ordinaria.

Cabe citar que la Justicia Nacional de Primera Instancia es unipersonal, mientras que los Tribunales Superiores son Colegiados componiéndose de tres o más jueces.

En cuanto al Poder Judicial de las Provincias, por mandato de sus Constituciones y Leyes, también han organizado la primera instancia con carácter unipersonal, la segunda colegiada a cargo de las cámaras, y en el ápice del órgano jurisdiccional judicial se ubica el Tribunal Superior.

¹⁴ Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, (1956) Parte General, Tomo I Ed. EDIAR, Argentina.

La Constitución Nacional exige que en las Provincias “aseguren su administración de justicia” (Art. 5, 122 y conc.), sin ninguna referencia explícita sobre la doble instancia procesal. Sin embargo ha previsto la competencia originaria para casos puntuales habilitando de esta manera la instancia única dentro del ordenamiento jurídico del Estado o derecho interno. Tal es el caso de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional (CN) al señalar:

Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 (dictar los códigos civil, comercial, penal y de minerías...); y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117.- En estos casos la Corte Suprema *ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso*; pero en todos los asuntos concernientes a *embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente (a) Provincia con provincia, b) Provincia con vecinos de otra provincia, c) Provincia con estado extranjero, d) Provincia con ciudadano extranjero*).

De los artículos 116 y 117 de la constitución se desprende la división de la jurisdicción federal en apelada y originaria. Esta división se plantea con respecto al ejercicio puntual de la jurisdicción de la Corte; y es aquí donde radica el tema de la Instancia Procesal.

La Constitución ha dejado claro en qué casos la Corte Suprema de Justicia tendrá jurisdicción originaria y exclusiva actuando como un Tribunal de Instancia Única (Art. 117, 2do párrafo in fine); y bajo que causas intervendrá por apelación ordinaria o extraordinaria que provenga desde otro tribunal que ha intervenido en instancias inferiores; sea este federal o provincial.

De ello surge que se prevén dos clases de instancias para la Corte:

1. *Originaria y exclusiva*¹⁵; razón por la cual interviene como Tribunal de Instancia Única;
2. *Apelada*, razón por la cual interviene en causas que llegan de un tribunal inferior donde han sido juzgadas; actuando como Tribunal de Doble Instancia o más.

Para nuestro análisis es oportuno resaltar que en el caso de la competencia originaria y exclusiva *en donde el tribunal actúa bajo un sistema de instancia única*; la norma constitucional es inalterable, lo que significa que no hay persona o poder alguno que pueda ampliar los casos tipificados; mientras que para el caso de la competencia apelada, el congreso puede modificarla reglamentando en menos o más causales de intervención.

En lo que respecta a la Instancia de Apelación, *o sistema de instancia doble o múltiple*, la Corte Suprema de Justicia ejerce su competencia de manera ordinaria o extraordinaria; como consecuencia de los Recursos Procesales que se han interpuesto por vía:

1. *Ordinaria de apelación*; es decir procede contra las sentencias definitivas de las Cámaras Nacionales de Apelación; o bien
2. *Extraordinaria de apelación*; procede de acuerdo a los casos planteados en el Art. 14 de la Ley N° 48 y 6° de la Ley 4055.

¹⁵ Únicamente la Corte conoce de esas causas; el Congreso no puede ampliar ni restringir esa competencia; y excluye a cualquier otro tribunal de jurisdicción federal o provincial a intervenir.

Dicho esto, considero relevante retener la diáda de la Instancia desde el punto de vista semiótico, es decir internalizar su significado y lo que este representa en el proceso.

Para Lino PALACIOS¹⁶, la instancia es el conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda (originaria o reconvenida), la promoción de un incidente o la resolución mediante la cual se concede un recurso (ordinario o extraordinario) hasta la notificación del pronunciamiento final.

Por su parte Eduardo COUTURE¹⁷ decía... instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grado del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla entonces de sentencia de primera y segunda instancia, de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o segunda instancia...

Según apreciamos la sabiduría con que se pronuncian estos juristas podemos inferir que las instancias son un "iter procesal" que media entre un pedido y el pronunciamiento sobre éste; o sea que la instancia solo se dará cuando el Juzgador pueda pronunciarse sobre la pretensión deducida. Y aquí abro un nuevo enfoque jurídico, ¿Cual es?; La necesidad que tiene la instancia de pronunciarse no solo sobre la pretensión reclamada, sino sobre la posibilidad de revisar el fondo, con apertura de contradicción, excepciones y nuevos elementos de juicio o pruebas; *porque de lo contrario bajo ningún punto de vista el recurso de casación¹⁸ podría constituirse en una instancia más.*

¹⁶ PALACIO, Lino, Derecho Procesal Civil, Tomo IV, pág. 219.

¹⁷ COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, tercera edición pág. 169 y 170.

¹⁸ PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo; Derecho Procesal Civil, quinta edición pág. 282 y subsiguientes. Medio de Impugnación, por regla general de resoluciones finales, esto es, de las que deciden el fondo de los asuntos, dictadas en apelación y en algunos casos en única instancia, a fin de que el tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de aplicación del derecho realizada por el órgano a quo o de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de causales de casación.

Desde un enfoque científico, se puede sostener preliminarmente, que la posición jurídica de un Estado (Nacional o Provincial) en la adopción de un sistema de instancia única o doble/ múltiple instancia procesal, pasa por la correcta integración y aplicación de su ordenamiento legal, el que debe estar en perfecta armonía con el derecho internacional.

De hecho, cuando nos dirigimos al **artículo 75 en su inciso 22 de la CN el mismo establece:**

“Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Estos son:

- ✓ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;*
- ✓ *Declaración Universal de los Derechos Humanos;*
- ✓ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos;*
- ✓ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;*
- ✓ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;*
- ✓ *Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio;*
- ✓ *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;*
- ✓ *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;*
- ✓ *Convención contra la tortura, y otros Tratos o Crueles, Inhumanos o Degradantes;*
- ✓ *Convención sobre los Derechos del Niño;*
- ✓ *Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (como por ejemplo la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas – Ley 24.820)*

*...en las condiciones de su vigencia, tienen **jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de*

ésta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

Además el artículo 75 inciso 24 fija:

“Corresponde al Congreso: Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”

En este orden de posiciones normativas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina¹⁹, en su jurisprudencia²⁰ ha sostenido que el derecho internacional está sujeto a agentes jurídicos internos e internacionales. Esto significa que la eficacia del derecho internacional no está librada exclusivamente a órganos u organizaciones internacionales, sino que principalmente en esa tarea se hayan comprometido los jueces nacionales de cada Estado.

En la actualidad, se observa que los medios internacionales destinados a asegurar la observancia del derecho internacional son escasos respecto de los nacionales, por lo que se considera relevante introducir la problemática de las normas internacionales al ordenamiento jurídico interno. Sobre el particular deben distinguirse dos vías a través de las cuales el derecho internacional se nacionaliza o introduce en el derecho interno de un Estado a saber:

- **Por vía Ordinaria:** la legislación interna reformula la norma internacional con el mismo contenido. Esto significa que cada Órgano Legislativo Nacional repite la norma internacional mediante el dictado de una ley interna, o sea que además de la Convención o Tratado celebrado entre las partes y ratificado por ellas, se hace necesario que el legislador de cada Estado, dicte una norma interna con el mismo contenido.

¹⁹ Máximo tribunal de Justicia del Estado.

²⁰ Forma habitual o uniforme como la justicia aplica o interpreta el derecho.

- **Por vía Especial o del Reenvío:** no exige reformular el derecho internacional por el derecho interno, sino que en algún momento el legislador nacional ordenó la observancia de las normas del derecho internacional. Esto significa que en las leyes internas de un Estado se ha previsto que el ordenamiento internacional sea obligatorio, y para ello se cuenta de una norma general que reenvía al ordenamiento internacional.

En la mayoría de los Estados, el derecho constitucional no establece la adopción automática de los Tratados, sino que su integración en el derecho interno se verifica mediante un acto especial de recepción que obedece a las exigencias de la técnica constitucional de la separación de poderes. Ese acto de recepción, es independiente de la manifestación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado.

Resulta importante tener en cuenta cual es la jerarquía que ocupa en el derecho interno, el Tratado respecto de la Ley. En nuestro derecho positivo, y tal como lo señalamos ut supra, la Constitución, las Leyes y los Tratados celebrados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación. Sin embargo como hemos citado precedentemente, el Art. 75 inciso 22 de la Constitución ubica a los tratados por encima de las Leyes, otorgándoles a los que se ocupan de los derechos del hombre, jerarquía constitucional.

Siguiendo este orden de ideas y exposición de motivos, no debemos olvidar que el artículo 27 de la ***Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados***, ratificado por Argentina, establece que *ningún Estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado.*

Es por ello que cabe preguntarnos: ¿Se ha comprometido implícitamente el ordenamiento jurídico del Estado en asegurar un sistema de instancia única o doble instancia jurisdiccional?, de ser así, ¿Qué normativas internacionales adoptadas por nuestro Estado

Nacional tras la reforma constitucional de 1994 nos indican cual de los sistemas esta en intima relación con las garantías procesales?

En primer término la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (1969), en su **Artículo**

8. Garantías Procesales tipifica:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Asimismo el punto 2. *Ap. h) señala como garantía mínima el "derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".*

Seguidamente el **Artículo 25. Protección Judicial establece:**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por su parte el **Artículo 29. Normas de Interpretación, expresa:**

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Coordinadamente el **Artículo 33 dice** que son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Para finalmente el artículo 68 determinar que:

"1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado"

De lo expuesto hasta aquí podemos aseverar que nuestra Constitución ha reafirmado su voluntad popular de tutelar las garantías procesales que en materia de derecho goza todo persona que habita el suelo argentino, en el marco de un sistema de instancia doble o múltiple.

Asimismo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²¹, ha contemplado el sistema de doble instancia procesal, dando lugar al Recurso de Apelación (Art. 254) con carácter Ordinario en las formas y plazos previstos en segunda instancia y Extraordinario (Art. 256) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el caso puntual de la ley 48, Art. 14.

b. En el marco de la Constitución de la Provincia de la Rioja

La Constitución Provincial con su reforma convencional de 1998, reafirma en su preámbulo la primacía de la persona humana y la igualdad de los hombres tutelando sus derechos de validez universal anteriores a esta constitución y superiores al Estado.

Por su parte el **Art. 131° Funciones e Independencia**, señala que solo el Tribunal Superior y demás jueces ejercen la función jurisdiccional, tienen a su cargo la guarda de la soberanía del pueblo, la custodia de la supremacía constitucional y la protección de los derechos y garantías.

A continuación el **Art. 132° expresa; Composición**. La función judicial será desempeñada por un Tribunal Superior de Justicia, Cámaras, Jueces, Jueces de Paz Letrados o Legos, miembros de los Ministerios Públicos y demás tribunales, juzgados y funcionarios que establezca la ley.

En cuanto a la **Competencia, el Art. 136°** expone que son competencias del Tribunal Superior de Justicia y de los tribunales inferiores todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, esta Constitución, las leyes nacionales y provinciales, cartas orgánicas y ordenanzas municipales según que las personas o las cosas caigan bajo la jurisdicción de la provincia.

²¹ Ley N° 17.454 y sus modificatorias y actualizaciones.

Además el Tribunal Superior de Justicia tendrá **jurisdicción originaria y exclusiva en (Art. 139°) y 44° de la Ley Orgánica de la Función Judicial** (Sep. 2011): 1) Las demandas que se promuevan directamente por vía de acción de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos; 2) En conflictos de competencia entre las funciones del Estado Provincial, entre estas y las municipalidades, o de las municipalidades entre sí.; y 3) En las causas contenciosas- administrativas...

Ejerce jurisdicción recurrida como tribunal de casación, inconstitucionalidad, revisión y demás casos que establezca la ley.

c. En el marco del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia – Ley 3372 y sus modificatorias y de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

El diseño judicial adoptado por la Nación Argentina en materia de instancias jurisdiccional no ha sido imitado por todas las Provincias. De hecho la Rioja ha sido innovadora. Desde la sanción del Código Procesal Civil de 1951, proyectado por el Dr. Mario de la Fuente hasta nuestros días, el ordenamiento jurídico de la provincia sostuvo la conformación de Tribunales Colegiados de Instancia única (A excepción de la Cámara Unipersonal de la 2da Circunscripción con sede en Villa Unión – Art 3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial), cuyos autos interlocutorios y sentencias definitivas gozan de un sistema recursivo limitado a través del cual se pueden aplicar los remedios procesales de la Aclaratoria (Art. 252 CPCC), la Reposición (Art. 253 CPCC); la Casación (Art. 256 CPCC), la Inconstitucionalidad (Art. 263 CPCC) y la Revisión (265 CPCC); dejando la competencia de jueces unipersonales para asuntos menores.

El propio Doctor Mario de la Fuente, en su trabajo denominado "La oralidad en el procedimiento judicial de La Rioja" decía: ha sido confiado al Juez "un eficaz poder de investigación para comprobar los

hechos controvertidos”²²; los que podrán confirmarse en la recepción de las pruebas, testimonial, confesional, pericial y alegatos de bien probado. La última reforma cuya comisión ha estado a cargo del Dr. Jorge Carlos Eduardo Bóveda señala en el marco de las Consideraciones Generales; Principios Generales, a) Oralidad...que el sistema es aquel en el que se practican mediante la palabra hablada todos los actos susceptibles por su naturaleza de llevarse a cabo en dicha forma... es decir recepción de pruebas, testimonial, confesional, pericial (relativamente) y alegatos de bien probado.

Cabe resaltar que si bien el proceso oral, cuenta con una etapa previa escrita como son la demanda y su contestación; se denomina oral porque los hechos son dados a conocer verbalmente en la audiencia de vista de causa; con las ventajas propias de la publicidad, inmediación, continuidad, concentración, y celeridad procesal (Libro Segundo, Título I, Capítulo 2º - Audiencias, Art(s) 30, 31, 32 y conc(s)). Pero; ¿Que sucede con la instancia procesal recursiva? A priori se puede afirmar que esto no ha sido contemplado; aún cuando el inc. 3) del Art. 257. Motivos de Casación, indique... cuando se hubiere incurrido en errónea apreciación de la prueba...

En este orden de ideas, se presenta otra significativa debilidad en el Código Procesal Civil y Comercial de la Rioja al estatuir en el Art. 36. **Constancias** lo siguiente: “De todas las audiencias de vista de causa que se realicen en juicios ordinarios y de otras que el juez considere convenientes, se tomara versión taquigráfica o grabación magnetofónica, las que no constituirán actuación judicial.

Si este sistema procesal cuenta con un equipo oficial de taquígrafos, es obligatorio tomar versión taquigráfica de la audiencia de vista de causa; pero como hemos leído, para este ordenamiento las versiones no constituyen actuación judicial; o sea que no tienen ningún valor legal y por lo tanto sirve solamente como una ayuda memoria para los jueces.

²² De la Fuente A Mario, “La oralidad en el Nuevo Código Procesal Civil de la Rioja”. Sus antecedentes, caracteres y resultados obtenidos en Revista de Derecho procesal argentino, año 1953, 1º parte, pág. 65 y ss.

Lo importante está en incorporar la versión taquigráfica y/o magnetofónica - audiovisual como Acta Judicial, a los fines de ser un instrumento relevante del acto probatorio de los hechos que sirva no solo para el dictado de la sentencia, sino para un eventual recurso planteado a instancias superiores. Yendo al procedimiento o instrumentación de lo expuesto, considero que la versión tomada (me inclino por la audiovisual evitando la incorporación de personal especializado en taquigrafía) debe reproducirse en la misma audiencia, para ser oída y vista por las partes y el juez o tribunal; como un requisito previo de aprobación e incorporación al proceso.

Por otra parte la inobservancia de la oralidad podría ser denunciada en el recurso de casación a través del motivo previsto en el Art. 257 inc. 2: violación u omisión de las formas procesales.

Seguidamente la Comisión de Reforma al Código señaló en el punto III. Método de la Codificación - Fundamentación en Particular; **35. Recurso de Casación...** Mantenemos el criterio de que el recurso debe plantearse ante el Tribunal de Casación y no ante el de instancia, porque de aquella forma se evita la doble revisión respecto a la procedencia formal. Por otra parte, entendemos que no es el tribunal de instancia el más adecuado para resolver sobre la admisibilidad del recurso, por razones de especialización en la materia, y en todo caso sería irrelevante lo decidido por el mismo, toda vez que la cuestión debería ser nuevamente considerada por el superior, tanto si se concede el recurso, como si se lo deniega, por la posibilidad de la queja directa²³. Esto último tampoco ha sido contemplado. No obstante el Art. 260 in fine expresa: Contra el auto que admita o rechace el Recurso (Casación), procederá el Recurso de Reposición. Aquí se puede apreciar la ambigüedad de la forma procesal para resolver la cuestión.

Lo cierto es que el sistema oral con las características distintivas de la inmediación, la publicidad y la concentración basadas en un sistema de Tribunales Colegiados de Instancia Única provoca serias diferencias en la formulación de las vías recursivas con relación a

²³ Código procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Rioja; Ley N° 3372 y sus modificatorias; pág. 45, 48 y conchs.

otras Provincias de nuestro país que han sostenido la doble instancia procesal conservando la extraordinariedad del Recurso de Casación (Tucumán, La Pampa, Entre Ríos, Santa Fe, Santiago del Estero, Buenos Aires entre otras).

La ausencia de una doble instancia influyó en la adopción de una voluntad legislativa amplia en materia de recurso de casación; al no estar previsto el recurso de apelación; razón por la cual se permitió la revisión de los hechos a través de dos motivos de casación a saber:

1. Por errores que puedan demostrarse en formar evidente con documentos auténticos (art. 257 inc. 3); y
2. Por manifiesta arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana critica (art. 257 inc. 4).

Conviene aclarar que en el tratamiento de la temática de análisis, se encuentran las opciones que tiene el legislador a la hora de definir el ámbito de la segunda instancia. En otras palabras, el legislador procesal no está obligado a configurar la segunda instancia en un único sentido, sino que existen al menos dos posibilidades para ello, debiendo optar por la que cumpla con lograr un adecuado equilibrio entre el modelo procesal que se está recogiendo y la necesidad del control superior al que someteremos en el tiempo las garantías del debido proceso civil. Se trata pues, de una decisión de política legislativa que atenderá a criterios de tradición jurídica, técnica y oportunidad.

Frente a lo descrito anteriormente cabe preguntarnos: ¿Constituye actualmente el sistema de instancia única, el iter procesal más apropiado para el ordenamiento jurídico Civil y Comercial de la Provincia de la Rioja?, ó ¿Es conveniente reordenar en el Código Procesal y en la Ley Orgánica de la Función Judicial²⁴ la competencia de instancias y jurisdicción en materia recursiva?

²⁴ Ley Nº 2425; la que a partir de la Reforma de la Constitución Provincial de 1986 (Capítulo VIII), adopta el nombre de Función Judicial en lugar de Poder Judicial.

Si tomamos puntualmente el Recurso de Casación, no debemos olvidar que el mismo es un medio de impugnación extraordinario destinado a cuestiones de derecho sustancial y procesal que tiene por finalidad la uniformidad de la jurisprudencia, la defensa de la ley, y la obtención de una sentencia justa para el caso concreto.

“Casar”, equivale a suprimir la resolución recurrida, pretendiendo unificar la interpretación de la ley en todo el territorio provincial. Pero esa función se encuentra lejos de los requisitos actuales en materia de respeto a un doble conforme legal o doble instancia. ¿Por qué motivos?

1º Porque ha dejado de lado el Recurso de Apelación, que en cualquier ordenamiento jurídico de un Estado garantiza a las partes en litigio la doble instancia, o sea la revisión y valoración de las cuestiones fácticas y jurídicas.

2º Porque los Tribunales Colegiados de Instancia única simplifican su competencia en materia recursiva, perdiendo jerarquía y recargando la labor judicial del Superior Tribunal, al que podemos llegar mediante la impugnación de autos y sentencias de las que deberán intervenir y resolver la cuestión de fondo (ya sea por violación o errónea aplicación de la ley, errónea apreciación de la prueba o arbitrariedad); con excepción de las violaciones a las formas procesales, que en caso de corresponder declarará la nulidad de la sentencia recurrida remitiendo la causa a los sustitutos legales del juez o tribunal sentenciante para que resuelva lo que correspondiera (Art. 262). Por ejemplo si el error procesal fue cometido por la Cámara Primera, se lo dará a la Cámara Segunda o Cuarta con las indicaciones del caso.

3º Porque el medio impugnativo que se emplee y se admita contra el auto o sentencia, ya sea la Casación, o Reposición (Art. 260); una vez contestado el traslado o vencido el plazo conferido al efecto, se pondrán los autos en secretaría a observación de las partes, por el plazo de diez días, para que amplíen por escrito sus fundamentos.

Vencido el término referido, el Presidente del Tribunal llamará autos para sentencia.

Y aquí se plantea dos ambigüedades jurídicas: En primer lugar, 1) Los fundamentos del Recurso son extemporáneos en razón de las vistas y las defensas que pueden esgrimir las partes; y por otro lado, 2) No hay oralidad, inmediatez, ni revisión de la vista de causa, en especial de la prueba la que se reduce a instrumentos públicos o privados debidamente reconocidos en juicios según lo establece el Art. 257, Inc. 3) in fine.

Pero esto no es todo, ya que en el estudio de los Recursos Procesales de nuestro Código, alguien podrá pensar que el Recurso de Revisión, en su carácter también extraordinario, podrá enmendar tales debilidades que fueron mencionadas precedentemente debido a que el medio de impugnación procede contra sentencias definitivas (Art. 265) y habilita finalmente la vista de causa (Art. 267. Tramites y Efectos, 2º párrafo) aplicándose en lo pertinente las normas del juicio ordinario. Lo cierto es que esa Vista procederá puntualmente en sentencias que luego de ser pronunciadas se las vincule: 1) a prueba documental que en momento del proceso estaba extraviada, ignorada o retenida por fuerza mayor o por obra de la parte, 2) a prueba testimonial incurrida en falso testimonio, 3) a cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

d. En el Planteo general de la legislación Argentina

La doctrina argentina se inclina a favor de la instancia única, resaltando la oralidad, celeridad, e inmediatez como notas distintivas y ventajosas de lo que ofrece el sistema; pero por otro lado dejan ver las limitaciones que en materia recursiva plantea.

En las últimas décadas, lo común ha sido ubicar escritos que sostienen que en materia de derecho civil no es necesaria la garantía

constitucional de la doble instancia, salvo en casos excepcionales²⁵. Sin embargo podemos observar que los avances provienen de la defensa irrestricta que en materia de derechos humanos debe garantizar todo Estado organizado.

Hechas estas digresiones, es oportuno reafirmar que nuestro país se encuentra introduciendo un sistema procesal civil de "doble tutela" a partir de 1994. La evidencia está en la jerarquía constitucional que se le ha conferido a ONCE (11) instrumentos jurídicos atinentes a derecho humanos; los que incorporados en el Art. 75, inc. 22, no solo marcaron un hito en seguridad normativa, sino que reforzaron la voluntad de entenderlos como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocida.

A partir de ese momento, los Estados asumen la obligación internacional de garantizar esos derechos, quedando por encima de cualquier posición adoptada por los ordenamientos internos²⁶. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer la operatividad de los tratados de derechos humanos: "Esta Corte se ha pronunciado ya, sobre el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La incorporación de los tratados especificados en el art. 75, inc. 22, CN, es una decisión de los constituyentes que los poderes constituidos no pueden discutir...

"La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en el principio de complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones" (Fallos 315:1492; 318:514).

²⁵ Derechos del Niño. Establece y torna operativa la doble instancia, como garantía constitucional en materia civil: "Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: ...Inc. e. A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

²⁶ PIZA ESCALANTE, (29/8/1996) opinión del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exigibilidad del derecho de rectificación, Art. 14.1, 1.1. y 2, CADH.

4. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico en materia civil nos está indicando que todo vía impugnativa debe ser lo suficientemente amplia para permitir a quien la interpone, el estudio de todas las cuestiones que merezcan revisión, a fin de garantizar el derecho reclamado y el debido proceso, ya sea sobre el análisis de la prueba, de los hechos, o de aquellos aspectos relacionados con errores en la aplicación u observancia del derecho procesal o de la ley sustantiva.

Además queda claro que la garantía de la doble instancia fue incorporada a nuestro derecho sustantivo a través del Art. 8, apartado 2º, inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que nuestra Constitución Nacional le confirió tutela procesal; razón por la cual se trata de un principio que no es exclusivo del derecho penal.

Para el sistema de oralidad y celeridad que impera en nuestra legislación provincial; la sentencia "es dictada luego de un debate oral en donde el tribunal y las partes han apreciado la prueba, y discutido las cuestiones con los beneficios de la inmediación, la concentración, y la identidad física del juzgador para asegurar la mejor sentencia. Pero el principio mencionado no es absoluto; ya que si no es necesaria la inmediación para tratar cuestiones de hecho y prueba durante la casación, so pretexto de que exista arbitrariedad en su apreciación, difícilmente se puedan convalidar las procedencias recursivas a las que arribamos en un sistema de instancia única sino es a través de un nuevo debate judicial.

Respecto a esta cuestión, entiendo que los Tribunales Superiores no deben limitarse a corregir errores manifiestos de los órganos inferiores, sino que en la búsqueda de la solución más acertada y justa para las partes en litigio, deben valorar de nuevo la prueba, sin estar vinculado a lo razonado y ponderado por la instancia inferior, ya que la revisión debe abarcar todo el material fáctico y jurídico.

En tiempos de la Sociedad Global de la Información, considero conveniente que al pensar en una reforma del proceso civil, el aporte debería centrarse en conciliar la **oralidad y el doble grado** con herramientas que permitan cumplir plenamente la función revisora. Puntualmente me refiero a las grabaciones audiovisuales a las que deben someterse las Audiencias de Vistas de Causa para posteriormente ser ofrecidas y remitidas a los Tribunales Colegiados en caso de confirmarse la admisibilidad del Recurso; pudiendo estos tener un conocimiento preciso y pleno sobre las pruebas producidas y alegadas como también considerar nuevos elementos de juicio.

Recordemos que los Medios de Prueba al decir de GUASP²⁷, son todos aquellos elementos que sirven para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado (comentarios, Derecho Procesal Civil - Tomo II, Pág. 445). O, al decir de ALSINA, son los instrumentos, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción (Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo III, Pág. 230). O, al decir de PALACIO, son los modos u operaciones que referidas a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno ò mas hechos Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Pág. 331).

La realidad de la práctica procesal nos indica que el excesivo recargo de trabajo al que se someten los jueces; hace que sus sentencias sean dictadas en un tiempo superior al previsto por ley para luego de la audiencia, quedando expuestos no solo a los efectos de la memoria humana, sino a la posibilidad de su discontinuidad física para el caso concreto, razón por la cual adquiere mayor relevancia la retención de las pruebas orales.

²⁷ GUASP, Jaime. Derecho procesal Civil. Salamanca, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

Finalmente, de este modo se estaría logrando un adecuado equilibrio de los intereses en juego, privilegiando la garantía procesal por sobre la regla.

...El debate se encuentra abierto, y una exposición de motivos han sido explayadas dando muestras del inicio y avances de un estudio de investigación que propone profundizar la temática para perfeccionar los cambios que el siglo XXI nos impone.

Bibliografía de Consulta:

1. ALSINA, Hugo (2009). Tratado teórico - práctico de Derecho Procesal Civil, T IV. Ed. EDIAR, Buenos Aires, Argentina.
2. ARAZI, Rolando (1999). Manual de Derecho Procesal civil y Comercial. Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
3. BIDART CAMPOS (1989), Germán. Manual de Derecho Constitucional Argentino. Ed. EDIAR, Buenos Aires Argentina.
4. BIDART CAMPOS, Germán (2008). Manual de la Constitución Reformada. Ed. EDIAR, Buenos Aires Argentina.
5. CALAMANDREI, Piero (1943). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma., Buenos Aires, Argentina.
6. CARRIO, Genaro (1997). Como fundar un Recurso. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina.
7. COUTURE, J Eduardo (1958). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina.
8. FACORRO, Susana; y VITTADINI Andrés (1999). Dogmática Constitucional”. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina.
9. FALCON, Enrique (1989). Caducidad o perención de instancia. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina.
10. GARCIA GHIRELLI, José (2001). “Tratados y Documentos Internacionales”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, Argentina.
11. LOUTAYF Y RANEA, Roberto (1989). El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.

12. PALACIO, Lino (1991). Manual de Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Plexo Normativo abordado:

1. Constitución de la Nación Argentina.
2. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
3. Constitución de la Provincia de la Rioja.
4. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Rioja.
5. Ley Orgánica de la Función Judicial de la Rioja
6. Leyes y Tratados Internacionales atinentes a derechos humanos.

Cita de este artículo:

MORICONI, A. (2012) "Orígenes de los recursos procesales. El sistema de instancia única, tras la reforma constitucional argentina de 1994: El caso del proceso civil riojano". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. pp.39-68. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ROMANO.

Laura L. Micieli (1)

Carlos Horacio Romero (2)

Yamila Fuentes Francis(3)

Adrián Gustavo Vedia(4)

(1) Abogada, Profesora Titular de la cátedra de Derecho Romano de la Universidad Nacional de La Rioja (UNLaR).

(2) Abogado, Jefe de Trabajos prácticos de la cátedra de Derecho Romano(UNLaR).

(3) Abogada, Adscripta de la cátedra de Derecho Romano de la Universidad Nacional de La Rioja (UNLaR).

(4) Abogado, Adscripto de la cátedra de Derecho Romano (UNLaR).

Palabras claves:

Derecho Administrativo; Derecho Romano; Génesis; Origen; Historia; Evolución; Constituciones Imperiales; Cuerpo de Derecho Civil Romano.

Key words:

Administrative Law, Roman Law, Genesis, Origin, History, Evolution, Imperial Constitutions; Body of Roman Civil Law.

Resumen

En el trabajo que abordamos se apunta a rebatir la concepción clásica de los especialistas del Derecho Administrativo, los que aseveran, que el mismo es producto de la Revolución Francesa, y las organizaciones estatales posteriores.

Hemos indagado en el derecho Romano, en el cual hemos encontrado multiplicidad de normas, que son de Derecho Administrativo, como así también, hemos destacado la postura de otros especialistas en el área del

Derecho Administrativo que remontan el origen del mismo a la cultura jurídica Romana.

Este trabajo fue presentado en el XX encuentro Nacional de profesores de Derecho Romano, despertando gran interés a tal punto que fue seleccionado para ser publicado en la próxima revista de la Asociación de Profesores de Derecho Romano de La Republica Argentina (ADRA).

Abstract

In the work that we are pointing to rebut the classical conception of the specialists of Administrative Law, which assert, that the same is the product of the French Revolution, and the subsequent state organizations.

We have investigated in Roman law, which we have found multiple standards, which are administrative law, as well as, we have emphasized the position of other specialists in the area of Administrative Law dating back the origin of the same to the Roman legal culture.

This work was presented at the XX National Meeting of teachers of Roman law, attracting great interest to such an extent that he was selected to be published in the next magazine of the Association of Professors of Roman Law of the Republic of Argentina (ADRA).

Introducción

La idea imperante en el ámbito científico del estudio de la Ciencia del Derecho, señala que el DERECHO ADMINISTRATIVO, surge recién a partir del año 1800 y que es producto de los tiempos modernos, olvidándose los doctrinarios que tanto Grecia, Roma y hasta los pueblos germánicos lograron la independencia entre el poder legislativo y el poder administrativo.

Es allí donde encontramos el nacimiento de las normas relacionadas a la administración del Estado, los funcionarios administrativos y los derechos reconocidos a los administrados; si bien esta ciencia se consolida y perfecciona luego de la Revolución Francesa.

Los analistas del Derecho Administrativo afirman que es una ciencia que nace y se consolida después del 1800 porque el período de las monarquías absolutas hace desaparecer los avances obtenidos por los pueblos de la antigüedad en relación a la división de poderes.

Esta visión relativa y circunscripta a los tiempos modernos, dejando de lado los cimientos que estableciera el Derecho Romano en esta materia, es lo que nos motivo a indagar sobre el surgimiento del Derecho Administrativo efectuando un análisis histórico de su configuración paulatina.

Objetivos

Dejar sentado que el Derecho Administrativo no es una creación Jurídica de la época Moderna, posterior a la Revolución Francesa, sino que surge y se desarrolla ya en el Derecho Romano, a partir de la organización Imperial.

Metodología

Cronológico Expositivo.

1. Distintas etapas de la evolución histórica del Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo ha llegado a su actual estado de evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial a través de un proceso de acumulación y adaptación de técnicas e instituciones provenientes de diversos períodos históricos.

Si bien no hay una línea uniforme en materia de técnicas, el fenómeno del surgimiento de instituciones que habían desaparecido, permiten afirmar que si bien el Estado del siglo XIX heredó y aplicó normas típicas del Estado Absoluto, este conservó numerosas instituciones anteriores al mismo.

Entre los doctrinarios del Derecho Administrativo, es casi mayoría el criterio de que el origen y análisis histórico del Derecho Administrativo surge a partir de la Revolución Francesa, lo que evidentemente es un punto de vista parcial y relativo.

La recepción del Derecho Romano en el periodo intermedio determinó la aparición de normas que primeramente tuvieron un carácter excepcional en relación al IUS COMMUNE y que luego de convertirse en un derecho singular configuraron un IUS PROPIO, con plena autonomía.

Si bien, la mayor parte de la doctrina moderna insiste en afirmar que el Derecho Administrativo surge a partir de la Revolución Francesa, algunos también sostienen que el origen se encuentra en el Derecho Regio, aquel que toma el concepto de la legitimidad del acto administrativo emitido por el "Príncipe", pero este Derecho Regio se fundaba especialmente en el Derecho Canónico, el cual sabemos abrevó en el Derecho Romano.

Giannini, en su obra "DIRITTO AMMINISTRATIVO", editada en Milán en el año 1970 señala que el Derecho Administrativo tiene sus orígenes en la organización militar del imperio.

Otros sostienen que la separación existente entre la autoridad legislativa y la autoridad administrativa tanto en Grecia, Roma y los pueblos Germánicos, permitió dar la génesis al Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo está muy vinculado a la concepción filosófica que se tenga del Estado y, por lo tanto, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia varían según se trate de un estado liberal o estatista.

Es por ello que resulta difícil hablar de la evolución histórica del Derecho Administrativo en general y más aún, cuando algunos autores señalan que se trata de un Derecho eminentemente local, que incluso puede haber variado dentro de cada región o provincia de un Estado, tal lo que acontece actualmente en nuestro País.

En definitiva si uno efectúa un análisis de los criterios sostenidos por los distintos autores sobre el origen del Derecho Administrativo, lo uniforme es buscar el origen del mismo a partir de la sanción de la ley francesa de organización administrativa en el año 1800, con una obra central en materia de Derecho Administrativo intitulada "PRINCIPII FONDAMENTALI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO", publicada en Parma en el año 1814.

Sin embargo, nosotros trataremos de señalar que ya la división de poderes efectuada en la organización política romana permite señalar que la génesis de este derecho, el cual logra identidad e independencia a partir del año 1800, se encuentra también en el Derecho Romano.

2. Definición de Derecho Administrativo

Se define al Derecho Administrativo como aquel derecho regulador de la administración pública, es decir del órgano o de los órganos que cumplen en el Estado la función administrativa, y para emitir una definición precisa y contundente cabe expresar que:

"EL DERECHO ADMINISTRATIVO ES EL CONJUNTO DE NORMAS Y PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO INTERNO, QUE RIGEN LA ORGANIZACIÓN Y LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE SUS ÓRGANOS, COMO ASIMISMO LAS RELACIONES DE DERECHO PÚBLICO QUE ESTA ACTIVIDAD ORIGINA ENTRE LOS DISTINTOS SUJETOS"

Se indica en la definición que antecede CONJUNTO DE NORMAS Y PRINCIPIOS, porque el Derecho Administrativo no se agota en el derecho positivo, sino que recurre a los principios rectores de esta rama del derecho que son susceptibles de aplicarse objetivamente en la relación del Estado con los administrados, a fin de resguardar los derechos de estos últimos.

Se indica de DERECHO PÚBLICO INTERNO, porque varía conforme a las características de organización de cada país, provincia o región.

Se agrega que RIGE TANTO LA ORGANIZACIÓN COMO LA ACTIVIDAD, por cuanto no sólo se atiende a la dinámica administrativa sino también a la forma como se organizan y estructuran jurídicamente la administración pública y los órganos que la conforman.

Se indica con la expresión ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS ÓRGANOS, para así precisar que nos estamos refiriendo a los sujetos administrativos y no a la actividad administrativa, comprendiendo en la expresión órganos tanto a los órganos centralizados como a los descentralizados.

Completamos la definición con la referencia concreta a las RELACIONES que crea la actividad de la administración pública, porque no solo se estudia la organización de ésta, sino también las relaciones que la misma origina, relaciones que limitamos a las de Derecho Público, porque la actividad de la administración pública y de sus órganos, puede también crear relaciones de Derecho Privado que no solo están reguladas por el Derecho administrativo, sino por el Derecho Civil y Comercial.

Por último se indica, entre los distintos sujetos que ella vincula, por cuanto la actividad de la administración pública y de sus órganos puede dar origen a varios tipos de relaciones.

- a) Entre la administración pública y los órganos administrativos.
- b) Entre los distintos órganos administrativos entre si.
- c) Entre los órganos administrativos y los particulares.
- d) Entre la administración pública y los particulares.
- f) Entre los particulares, lo que ocurre en el caso de las relaciones de vecindad, de concesión de agua pública etc.

Tal es la extensión del Derecho Administrativo, que cuando nace con autonomía e independencia como rama del derecho, se observa que muchas de sus áreas de conocimiento y análisis se encuentran ocupados por el Derecho Constitucional, el Derecho Civil y el Derecho Comercial, pero hoy

es una rama del Derecho absolutamente consolidada y con principios propios para abordar su análisis.

3. Exposición de disposiciones del Derecho Romano que son de Derecho Administrativo

La organización imperial se basó en la estructura de MAGISTRADOS IMPERIALES, que cumplían distintas funciones en relación a la actividad de administración del Imperio, si bien todos sometidos a la designación o destitución que hiciera el príncipe en cada cargo. En C.1.40.; 41 y 43, se refiere a la tarea concerniente a su cargo y sobre qué pueden efectuar para la correcta administración.

En C.1.40 se establece: "DEL CARGO DE GOBERNADOR DE PROVINCIA:

1. *El Emperador Alejandro, Augusto, á Juliano* — El presidente de la provincia, al conocer de causa sobre falsedad, puede dirimirla cuestión incidental de propiedad.

Dada á 6 de las Calendas de Abril, bajo el segundo consulado de Máximo y el primero de Urbano.

2. *El Emperador Constantino, Augusto, á Máximo, Presidente de provincia* — Si hubiere en las provincias un poderoso tan insolente, que los presidentes de ellas no pueden corregirlo, o respecto del que no pueden conocer o pronunciar sentencia, deben darnos a nosotros, o a la prefectura pretoriana, cuenta de su nombre; para que se provea cómo haya de atenderse a la pública disciplina, y a los débiles que hayan sido lesionados.

Dada en Treveris á 5 de las Calendas de Enero, bajo el consulado de Januario y de Justo.

3. *El mismo Augusto á los habitantes de las provincias*—A todos damos facultad para ensalzar con públicas aclamaciones a los jueces muy justos y muy diligentes, a fin de que les dispensemos mayores honores, y, por el contrario, para acusar con voces de quejas a los injustos y malos, a fin de que les alcanzo el rigor de nuestra censura. Mas con diligencia investigaremos si las manifestaciones son verdaderas y no hechas con capricho por los clientes; para lo cual los prefectos del pretorio y los condes,

que en las provincias se hallan constituidos, pondrán en nuestro conocimiento las manifestaciones de nuestros provincianos.

Dada en Constantinopla las Calendas de Noviembre, bajo el consulado de Basso y de Ablavio.

4. *El mismo Augusto á Pericles, Presidente* —Te hemos dado facultad para castigar a los oficiales de los prefectos que alteren el orden público, o intenten cosas contrarias a la utilidad pública, pero de manera que hagas a los prefectos sabedores de la culpa de aquellos.

Dada en Nicopolis a 10 de las Calendas de Noviembre, bajo el consulado de Constancio y de Albino.

5. *Los Emperadores Valentiniano y Valente, Augustos, á Aproniano, Prefecto de la Ciudad* — Guárdese por los inferiores el debido respeto a los jueces de grado superior. Mas cuando se trata de la utilidad pública, no se infiere al superior ninguna injuria, aunque el juez inferior hubiere investigado la verdad. Mas el que utiliza las insignias de su dignidad para esto, para creer que ha de inferir indignas injurias a los que desempeñan cargos con autoridad, no se sustraerá a los rigores de nuestra indignación.

Dada a 5 de las Calendas de Junio, bajo el consulado de Arinteo y de Modesto.

6. *Los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, Augustos, á Cinegio, Prefecto del Pretorio* — La ciudad de Rodas se ha querellado, no tan conveniente como tardíamente, de la injuria que se le hizo; por lo cual mandamos por inviolable precepto, que, pues en la estación del invierno la navegación es con frecuencia peligrosa y siempre incierta, tengan entendido para si los jueces, que deben residir durante ella alternativamente en las cinco ciudades, que se le conoce que son mejores que las demás. Mas si alguien tuviera el propósito de desatender nuestras ordenes, páguense por él a nuestro fisco cincuenta libras de plata, y ciento por sus oficiales, si se hubiere obrado de otra manera.

7. *Los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, Augustos, á Cinegio, Prefecto del Pretorio* —El que hubiere ejercido una dignidad ordinaria, con menoscabo de su pudor y de su fortuna deberá pagar, retenido en la provincia, con sus propios bienes, todo lo que hubiere derrochado por virtud de los títulos de la delegación próxima y legal.

Dada en Constantinopla a 7 de las Calendas de Junio, bajo el consulado del noble joven Honorio y de Evodio.

8. *Los mismos Augustos, á Cinegio, Prefecto del Pretorio* —No crea ningún juez, que puede nombrarse en su provincia para intercesor, esto es, ejecutor, a petición de cualquier litigante, en un negocio público o privado, a un empleado de la prefectura, a un palatino, o a un militar, ni aún a ninguno de aquellos que antes hubieren desempeñado cargos semejantes. Pues al contraventor de estas celestiales disposiciones se le impondrán, así como a sus oficiales, no solo quebranto de su reputación, sino también pérdidas en su patrimonio.

Dada en Constantinopla las Nonas de Agosto, bajo el consulado del noble joven Honorio y de Evodio.

9. *Los mismos Augustos, á Polemio, Prefecto del Pretorio de Liria* — Ningún gobernador de provincia se atreva a presentarse en esta augustísima ciudad sin nuestro permiso. Pues si se viere que alguno había venido címbalos preceptos de nuestro decreto, será condenado a la pena correspondiente.

Dada en Milán a 10 de las Calendas de Enero, después del consulado de Timasio y de Promoto.

10. *Los Emperadores Arcadio y Honorio, Augustos, á Limenio, Conde de las sacras mercedes* — Queremos que los palatinos que están a tus ordenes no tengan comercio alguno con los habitantes de las provincias, sino que los jueces deberán saber que a ellos especialmente les esta encomendado el exigir y reclamar de los provincianos los tributos ordinarios. Mas no tenga el poseedor honor a los palatinos, pues no a ellos, sino a los jueces y a sus oficiales se les ha dado orden para apremiar.

Dada a 6 de las Calendas de Abril.

11. *Los Emperadores Honorio y Teodosio, Augustos, á Teodoro, Prefecto del Pretorio* —Mandamos, que los gobernadores de provincia cuiden de que no cometan ninguna maldad, ni injusticia, los procuradores de los pudientes.

Dada en Ravena á 6 de las Calendas de Diciembre, bajo el consulado de Basso y de Filipo.

12. *Los mismos Augustos, á Monaxio, Prefecto del Pretorio* - Mandamos, que destituidos de su caigo, a voluntad del juez, todos los alguaciles de las provincias, culpables de exceso de autoridad, sean sometidos, si así el caso lo exigiere, a la pena de azotes, para que de este modo sea fácil la ejecución de las cosas públicas, se reprima la insolencia de

los empleados, y se restituya la competente autoridad a la severidad de los jueces.

Dada á 6 de las Calendas de Enero, bajo el noveno consulado de Honorio y el quinto de Teodosio, Augustos.

Epitoma de la constitución griega tomada de las Basílicas.

13—No se hagan decretos para felicitar a los magistrados, sino que prohíbanse por estos; y solo un día antes que haya de entrar en la provincia expídase edicto anunciándolo. Más el que fuere sorprendido en hurto o en cualquier otro delito sufrirá la pena que afecte no solo a su fama, sino también a su vida y a su patrimonio.

13. [14.] *El emperador León, Augusto, á Constantino, Prefecto de la Ciudad.*—Si el que aún esta obligado al servicio de las cohortes hubiere obtenido de cualquier modo el gobierno de una provincia, o el cingulo de cualquier milicia o dignidad, sea privado de lo usurpado o impetrado contra lo licito, aún cuando alegare que por espontánea liberalidad nuestra se le había conferido el derecho de gobernar la provincia, o un cargo en la milicia, o una dignidad cualquiera.

Dada en Constantinopla á 7 de los Idus de Agosto, bajo el cuarto consulado de León, Augusto, y el de Probiano.

14. [15.] *El Emperador Anastasio, Augusto, á Constantino, Prefecto del Pretorio* —En las ciudades en que haya sacros palacios o pretorios no le sea licito a ninguno de los jueces, que gobiernan las provincias, tomar para si, dejando aquellos, casas de particulares para habitarlas como pretorios, sino habitad de todos modos los sacratísimos palacios o pretorios, para que por esta necesidad estén obligados a proceder a su reparación. Pero donde haya palacio y pretorio destínese el palacio para habitación del presidente, y el pretorio o para recibir y conservar, a manera de graneros, las especies públicas, o para otra cosa necesaria. Si alguien hubiere intentado desatender en alguna ocasión estas disposiciones, mandamos que desde luego paguen él y su oficio la multa de cincuenta libras de 010 para reparar el sacro palacio, que hubiere descuidado.

Dada á 6 de los Idus de Febrero, bajo el consulado de Clementino y de Probo.

Epitome de la constitución griega, tomado do las Basílicas.

16. No desatienda el magistrado al contribuyente, ni le cause daño, ni de otra manera le lesione, temiendo la indignación del príncipe y la necesidad de reparar el daño causado.

Epitome de la constitución griega, tomado de las Basílicas.

17. Tiendan los magistrados, y sométanlos a la pena correspondiente, a los salteadores y a los que cometen delitos semejantes; mas los que pertenezcan a la milicia entréguenlos a sus jefes, y pague diez libras el que infringió la ley.

C.1.41 "DE QUE A NADIE SE LE PERMITA, SIN ESPECIAL AUTORIZACIÓN DEL PRINCIPE, DESEMPEÑAR CARGO ADMINISTRATIVO EN SU PATRIA

Epitome de la constitución griega, tomado de Las Basílicas.

1. Nadie sea nominado prefecto augustal, o procónsul, o conde de Oriente, en su provincia, si no tuviera para ello especial mandato."

"*UT NULLI PATRIAE SUAE ADMINISTRATIO SINE SPECIALI PERMISSU PRINCIPIS PERMITTATUR*

Epitome graec. Const. ex Bas.

1. *Nemo praefectus augustalis vel proconsul vel comes Orientis in sua provincia fiat, sí careat speciali in eam rem iussu"*

En C.1.42 se establece: "DEL CARGO DE PREFECTO DE LOS VIGILANTES

Los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Acoadio, Augustos, á Nebridio, Prefecto de la Ciudad —Los prefectos de los vigilantes de esta ciudad no deben resolver nada por su propia autoridad en las causas capitales, sino dar cuenta, si algo de esta naturaleza ocurriere, a la alteza de tu potestad, para que sobre las mencionadas causas se juzgue con mas alta sentencia".

"DE OFFICIO PRAEFECTI VIGILUM

Imppp Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA Nebridio PU — Praefecti vigilum huius un bis nihil de capitalibus causis sua auctoritate statueie debent, sed si quid huiusmo di evenerit, culmIni tuae potestatis iefene, ut de memoratis causis celsione sententia iudicetum"

C.1.43 "DE QUÉ MODO SE IMPONEN LOS CARGOS PÚBLICOS

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2012- A2.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

1. *Los Emperadores Caro, Carino y Numeriano, Augustos, á Feliciano* — Puesto que expones que habiendo sido nombrado tú encargado de recoger los bagajes interpusiste apelación, el presidente de la provincia no dejará que seas llamado a los cargos de una corporación ajena, si viere que tú eres de otra curia, porque debes responder a las cargas de la patria a que dices que fuiste agregado

2. *Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, á Dionisio* — Es de razón, que los que desempeñaron mayores cargos honoríficos no deben ser llamados para otros menores

3. *Los mismos Augustos á Eutiquiano* — Puesto que aseveras que desempeñaste todos los cargos, el presidente de la provincia no permitirá que seas llamado para los mismos cargos, si hay otros ciudadanos que pueden desempeñar los servicios civiles

4. *Los mismos Augustos y Césares á Regio* — El presidente de la provincia no consentirá que, aliviándose á otros, seas gravado con cargos civiles excediendo del limite de los gastos, sino que guardará respecto al orden la igualdad, acordándose tanto de la ley como de la censura.”

“QUEMADMODUM CIVILIA MUNERA INDICUNTUR

1. *Imppp Carus, Carinus et Numerianus AAA Feliciano* — Quum te curatorem ad cogendas angarias creatum appellationem interposuisse proponas, praeses provinciae, si alterius curiae te esse animadverterit, ad alieni corporis munera vocari non sinet, quia eius patriae oneribus respondere debes, cui te attributum esse conmemoras.

2. *Impp Diocletianus et Maximianus AA Dionysio* — Maioribus honoribus functos, ad minores devocari non oportere, rationis est.

3. *Idem AA Eutylichiano* — Quum te ómnibus muneribus functum esse asseveres, ad eadem munera, si aliorum civium copia est, qui obsequiis civilibus fungi possunt, praeses provinciae devocari te non permittet.

4. *Idem AA et CC Regio* — Ultra modum sumtuum te muneribus civilibus gravari, levatis aliis, praeses provinciae non patietur, sed aequali tatem, tam iuris quam censurae memor, circa ordinem custodiet.”

Si bien estas disposiciones indicadas precedentemente parecieran mas vincularse con el Derecho Publico, debemos destacar que hacen a la

organización administrativa del Estado o Imperio por lo que corresponderían a la órbita del hoy denominado Derecho Administrativo.

En igual forma en el **C 10.42**, cuya rubrica indica DE QUE MODO SE IMPONEN LOS CARGOS PUBLICOS, se indica literalmente:

“DE QUÉ MODO SE IMPONEN LOS CARGOS PÚBLICOS

1. *Los Emperadores Caro, Carino y Numeriano, Augustos, á Feliciano* — Puesto que expones que habiendo sido nombrado tú encargado de recoger los bagajes interpusiste apelación, el presidente de la provincia no dejará que seas llamado a los cargos de una corporación ajena, si viere que tú eres de otra curia, porque debes responder a las cargas de la patria a que dices que fuiste agregado.

2. *Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, á Dionisio* — Es de razón, que los que desempeñaron mayores cargos honoríficos no deben ser llamados para otros menores.

3. *Los mismos Augustos á Eutiquiano* — Puesto que aseveras que desempeñaste todos los cargos, el presidente de la provincia no permitirá que seas llamado para los mismos cargos, si hay otros ciudadanos que pueden desempeñar los servicios civiles.

4. *Los mismos Augustos y Césares á Regio* — El presidente de la provincia no consentirá que, aliviándose á otros, seas gravado con cargos civiles excediendo del limite de los gastos, sino que guardará respecto al orden la igualdad, acordándose tanto de la ley como de la censura.”

“QUEMADMODUM CIVILIA MUNERA INDICUNTUR

1. *Imppp Carus, Carinus et Numerianus AAA Feliciano* — Quum te curatorem ad cogendas angarias creatum appellationem interposuisse proponas, praeses provinciae, si alterius curiae te esse animadverterit, ad alieni corporis munera vocari non sinet, quia eius patriae oneribus respondere debes, cui te attributum esse conmemoras.

2. *Impp Diocletianus et Maximianus AA Dionysio* — Maioribus honoribus functos, ad minores devocari non oportere, rationis est.

3. *lidem AA Eutyhiano* — Quum te ómnibus muneribus functum esse asseveres, ad eadem munera, si aliorum civium copia est, qui obsequiis civilibus fungi possunt, praeses provinciae devocari te non permittet.

4. *idem AA et CC Regio* — Ultra modum sumtuum te muneribus civilibus gravari, levatis aliis, praeses provinciae non patietur, sed aequalitatem, tam iuris quam censurae memor, circa ordinem custodiet.”

Luego en el C 10.45 y 46 trata la temática de las exenciones de cargos públicos, retomando disposiciones de carácter administrativo:

C.10.45 “DE LOS QUE DEL PRÍNCIPE OBTUVIERON EXENCIÓN

1 *Los Emperador es Teodosio, Arcadio y Honorio, Augustos, á Rufino, Prefecto del Pretorio* — No obtenga nadie exención temporal del caigo de curial, a no ser acaso que por verdaderas y probadas causas se lo hubiere concedido un decreto marginal nuestro.

Dada en Constantinopla á 1 de las Nonas de Junio, bajo el tercer consulado de Teodosio, Augusto, y el de Abundancio.”

“DE HIS, QUI A PRINCIPE VACATIONEM ACCEPERUNT

1 *Imppp Theodosius, Arcadios et Honorius AAA Rufino PP* — Nullus vacationem temporariam curialis accipiat, nisi id forte veris ac probatis causis adnotatio nostra concesserit.

Dat prid Non lun Constantinop Theodosio A III et Abundantio Conss”.

C.10.46 “DE LA EXENCIÓN DE CARGO PÚBLICO

1. *Emperador Gordiano, Augusto, á* Januario. — Con tazón se respondió, que la exención de cargo publico comprende los que no se imponen por ley, ni por senadoconsulta, ni por las constituciones de los príncipes. Si estando comprendido en esta disposición del derecho hubieres comenzado á ser llamado por los magistrados á cargos extraordinarios, podrás, habiendo interpuesto apelación, ser amparado con razones de derecho ante el presidente.”

“DE VACATIONE PUBLICI MUNERIS

1. *Imp Gordianus A Ianuario* — Muneris publici vacationem ea continere, quae non lege, non senatusconsulta, non constitutionibus principum iniunguntur, merito responsum est Ad quam formam iuris pertinens si coeperis ad muñera extraordinaria a magistratibus devocari, appellatione interposita poteris apud praesidem iuris rationibus protegi”.

También en C 11.31.1 y 2 se refiere a la venta de los bienes de una ciudad, señalando literalmente:

C 11.31 "DE LA VENTA DE LOS BIENES DE UNA CIUDAD

1. *El Emperador Antonino, Augusto, á Herculiano* — Si sin ninguna condición compraste predios que vendió la república, habiéndose perfeccionado la venta, sin tazón alguna temas que por haberse hecho puja se te pueda quitar el dominio Por que los términos establecidos para las pujas pertenecen á negocios del fisco, á no ser que alguna ciudad tenga una ley propia

2. *Los Emperadores Valeriano y Galieno, Augustos* — Aunque parece que se ofrecía aumento para el arrendamiento hecho de un predio publico, sin embargo, no se debe inflingir so pretexto del aumento la fe del arrendamiento, mayormente cuando como dices ha transcurrido ya tanto tiempo desde el contrato

DE VENDENDIS REBUS CIVITATIS

1. *Imp Antoninus A Herculiano* — Si sine ulla conditione praedia vendente republica comparasti, perfecta venditione nulla ratione vereris, ne adiectione facta aufeni tibi dominium possit. Tempora enim adiectionibus praestituta ad causas fisci pertinent, nisi si qua civitas propriam legem habeat.

2. *Imp Valerianus et Gallienus AA* — Quamvis incrementum conductioni factae publici praedii videtur offerri, non tamen additamenti specie oportet fidem locationis infringi, praesertim quum tantum iam temporis ex contractu decessisse proponas".

En el mismo **C.11.34** se refiere a la responsabilidad de los que afianzaron por los magistrados y en esa constitución del emperador Antonino se utiliza la expresión ADMINSTRACION DE LA REPUBLICA , lo que nos pone de manifiesto que ya la idea de la independencia de la administración gubernamental y la relación que esta situación generaba con los particulares, con quienes ejercían los cargos de magistrados, resultaban necesarias de regulación y por tal se estableció una abundante normativa relacionada a la administración tanto de la Republica como en época

Imperial, estas normas no son otra cosa que disposiciones de Derecho Administrativo y que debían ser respetadas.

“DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS QUE AFIANZARON POR LOS MAGISTRADOS

1. *El Emperador Antonino, Augusto, á Augustal* —Tanto a mi como al divino Severo, mi padre, nos plugo, que el fiador de los magistrados respondiera de lo que pertenece a la administración de la república, no de lo que por razón de culpa o de delito se les impone a aquellos a titulo de pena”.

“DE PERICULO EORUM, QUI PRO MAGISTRATIBUS INTERVENERUNT

1. *Imp Antoninus A Augustali* — Fideius solem (10) magistratum in his, quae ad reipublicae administrationem pertineant, teneri, non in his, quae ob culpam vel delictum eis poenae nomine irrogentur, tam mihi quam divo Severo patri meo placuit.”

Es decir que si bien no era determinado con la denominación DERECHO ADMINISTRATIVO, toda la normativa relacionada al manejo del Estado, ya sea republica o el Imperio, NO SON OTRA COSA QUE DERECHO ADMINISTRATIVO, tal hoy lo conocemos como una rama autónoma de estudio dentro de la Ciencia Jurídica, y muchos estudiosos del Derecho Administrativo han incursionado en aquella normativa que gestó el Derecho Romano para regular las relaciones de los administrados con el Estado y las que tuvo el propio Estado con relación a quienes desempeñaban cargos de organización del mismo.

4. Conclusión

Ante las opiniones de gran parte de la doctrina de Derecho Administrativo que indica que el origen del mismo se encuentra recién en el año 1800 con La Revolución Francesa, y que antes de esa fecha no existen claras normativas relacionadas a las cuestiones atinentes al Derecho Administrativo, y haciéndonos eco de una minoría que señala que tanto el Derecho Griego como el Derecho Romano contuvieron disposiciones de

Derecho Administrativo, incursionamos en la pesquisa y búsqueda de fuentes que permitieran dilucidar la controversia.

Expusimos algunas de las tantas disposiciones que identificamos en el Corpus Iuris Civilis sobre Derecho Administrativo, si bien no utiliza el Derecho Romano la denominación específica de Derecho Administrativo, vemos que el contenido de las mismas nos indica que corresponden a su área, y más aún se utiliza en algunas constituciones la expresión ADMINISTRACIÓN, lo que pone en evidencia que ya el Derecho Romano había elaborado disposiciones que tienen que ver con los derechos y deberes de los administrados, generando un tipo especial de normativa que se refería sólo a esta área, por lo que podemos afirmar que el germen del Derecho Administrativo no se encuentra recién en la revolución francesa y en la leyes de organización y administración de los Estados modernos, sino que ya en la organización de la República como del Imperio se determinaron disposiciones que encuadran en la definición del Derecho Administrativo y sería conveniente difundir esta concepción para hacer ver que el Derecho Romano ya tenía presente la regulación de las relaciones de los administrados con el Estado y no que es un derecho identificado con la época moderna sino que allí recién adquiere independencia como tal y se perfecciona; pero su surgimiento es dentro del Derecho Romano y Derecho Griego.-

5. Bibliografía

ALTAMIRA GIGENA, Julio (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*.- Ed. Advocatus.

CASSAGNE Juan Carlos (2008). *Derecho Administrativo*. Ed Lexis Nexis.

CORPUS IURIS CIVILIS (1892). Barcelona.

DROMI, Roberto (1998) *Tratado de Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina

GORDILLO, AGUSTIN (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A.

MAYNZ, Carlos (1892). *Curso de Derecho Romano*. Ed. Valencia.

MARIENHOFF, Miguel S. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ta edición.-

SCHMIDTH-ASSMANN (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

Cita de este artículo:

MICIELI, L. Y OTROS. (2012) "Derecho administrativo y derecho romano" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. pp.69-86. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA PEDAGOGÍA EN LA UNIVERSIDAD.

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Especialista en Docencia Universitaria (UNCu) Título de Posgrado de Especialización en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca-España, Doctorando (UNC), Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la (UNC y UNLaR), Directora de la Carrera de Escribanía (UNLaR), Directora del Instituto de Derecho Notarial (UNLaR).

Palabras claves:

Pedagogía, universidad, enseñanza, formación.

Key words:

Pedagogy, University, teaching and training.

Resumen

La Pedagogía como ciencia consagrada al estudio de la educación es un arte, y su importancia reside en los aportes que puede efectuar a la optimización en la enseñanza en las universidades, indicando la forma más eficaz acerca de qué enseñar y cómo enseñar.

Abstract

Pedagogy as a science devoted to the study of education is an art, and its importance lies in the contributions they can make to the optimization of teaching in universities, indicating the most effective way to teach about and how to teach.

Introducción

Las universidades como instituciones sociales se van desarrollando, pues deben satisfacer las necesidades de la sociedad y la educación satisface la necesidad esencial de procurar conocimientos.

Esa función esencial, es decir, la transmisión del conocimiento, se efectúa de tres formas: por el resguardo, la difusión y la innovación del conocimiento. La educación tiene dos funciones secundarias: la integración socio cultural y el enriquecimiento de la persona. Aunque actualmente existen otros fuertes competidores del sistema educativo, como por ejemplo la televisión.

Para formar profesores que desarrollen una tarea educativa en las universidades, que ayuden a que sus estudiantes alcancen aprendizajes que les permitan insertarse en las distintas dimensiones de la vida es necesario que se formen en lógicas inclusivas que les posibiliten pensarse en su desempeño profesional.

La educación asimismo despliega oportunidades de desarrollo y superación personal. Las personas asimilan una diversidad de perspectivas y experiencias que provocan el desarrollo intelectual, la creatividad de los alumnos.

De esta manera, la educación suministra un contexto donde las personas pueden mejorar la calidad de vida a través de experiencias intelectuales, artísticas y emocionales.

Los docentes podemos considerarnos como una visión esperanzadora y optimista del quehacer educativo

La enseñanza en la universidad es una de las labores en las que los profesores encuentran más satisfacciones. Comunicar ideas, enseñar a otros lo que les agrada, observar cómo podemos despertar intereses, forjar y responder preguntas, ser peritos en el sentido de guiar y formar.

El trabajo cotidiano de enseñar es fuente constante de tensiones y desafíos que los enfrenta con el formidable conflicto que encierra la

profesión docente en aquello que tiene de más humano y admirable: ser mediadores en la construcción del conocimiento, incidir en la mente y el espíritu de los jóvenes que serán los futuros profesionales, científicos y docentes.

Educar implica dirigir, orientar, facilitar y promover un cambio en otra persona. Los educadores preparados, no sólo poseen el contenido científico, sino que además deben enseñar lo que requiere la sociedad, de aquí la necesidad de que en la universidad se enseñe a los profesores a educar, para que los alumnos aprendan a aprender (Cáceres Mesa, s.f. para. 4). Lo intelectual queda supeditado a un interés más importante "la capacidad de desarrollar la vocación de otro". Los profesores disponen su vida, sus acciones al servicio de la docencia. Son servidores, quizás en su sentido originario, de asistencia, de solícita compañía.

En la educación los profesores tienen la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades ocultas, de tal manera que a partir de ellas pueden ocupar un rol importante en la sociedad.

Los educadores son una visión esperanzadora y optimista del quehacer educativo. Simbolizan a las personas capaces de abrir las mentes de los alumnos y desplegar en ellos disímiles modos de vocación, de tal forma que posibilitan con sus enseñanzas el desarrollo y progreso de la comunidad. La sociedad progresa y se intensifica gracias a la educación y los docentes facilitan esto.

La labor educativa ha sido siempre relacionada con un conjunto de virtudes como la bondad, abnegación, sacrificio, sabiduría y paciencia. En el marco general de insatisfacción y crítica respecto del desempeño de los docentes, el moderno discurso educativo ha abandonado parámetros y creando otros, como el protagonismo, autonomía, revalorización, profesionalización, nuevo rol docente, etc.

Formación docente

El educador universitario requiere de una formación pedagógica general y sobre todo de una formación didáctico - metodológica básica que le permita acceder al ejercicio de la función docente. No es suficiente poseer una formación científica, de especialidad y con dominar los conocimientos propios de esa área curricular sino que, para desplegar el papel de docente

dentro de un marco de calidad de la enseñanza y acorde con los actuales enfoques en los que se encuadran los procesos de enseñanza – aprendizaje, se demanda otro tipo de profesional con una consistente formación pedagógica integral (Imbernón, 2000:32).

Cualquiera que sea el método o técnica didáctica que el profesor adopte, los fundamentos de la pedagogía universitaria son la crítica y la creatividad. La crítica y la creatividad del docente deben utilizarse a estos mismos métodos y perfeccionarse con su experiencia e intuición. Para optimizar positivamente la calidad de la educación, la formación pedagógica debe ser incluida como componente primordial de la preparación y perfeccionamiento docente (Grijalva, 1999:28).

La formación docente no puede enfrentarse de modo aislado, sino como parte de un paquete de medidas dirigidas a levantar la profesión docente y en el marco de cambios significativos en la organización y la cultura escolar.

En tanto, no es posible aislar la formación docente del conjunto de factores que inciden en el perfil y el desempeño profesional de los docentes.

Otra etapa de desarrollo educativo

En nuestro país se debería brindar atención a la cuestión docente y, en especial, al tema de su formación y profesionalización.

Para lo cual incumbiría:

- a) · Redelinear el rol docente tanto en relación a los procesos pedagógicos.

- b) · Transformar el enfoque convencional de formación docente, caracterizado por una serie conocida de vicios.

- c) · Crear más mecanismos de superación profesional y de formación.

- d) · Asegurar que los docentes puedan compartir y analizar su práctica.

- e) · Fortalecer el carácter profesional del trabajo docente como la estrategia a largo plazo más significativa para su independencia y compromiso frente a los resultados conseguidos con los alumnos.

f) · Suscitar una política de formación integral para todo el personal vinculado a la educación.

g) · Fundar más centros de excelencia.

Todo lo que necesitamos concretar se debe traducir en políticas, estrategias y medidas concretas, arregladas a cada contexto, y efectivizarlo.

Es relevante que la cuestión docente sea un tema central (junto con otros) de las políticas educativas tanto a nivel nacional como internacional. El propio discurso educativo debe organizarse de tal forma que los docentes surjan como figuras significativas. Y es que la "cuestión docente" se ha transformado en un asunto crítico del desarrollo educativo de nuestro tiempo.

Surge la necesidad de que los docentes sean incorporados al debate en torno a los grandes temas concernientes a la educación, a las políticas educativas que determinan nuestro rol y sus perspectivas.

Igualmente, la sociedad demanda a la universidad una activa participación en sus procesos trascendentales. Por esta razón, la acción de esta Institución no debe circunscribirse a la transmisión del saber, pues debe generar opinión, expresar su compromiso con el progreso social y ser un modelo para la comunidad.

La universidad como servicio público autónomo que brinda sus servicios a la comunidad debe persistir como una instancia crítica que no se oculta, una atalaya que observa y se constituye en custodio del mundo. La universidad debe hacer oír su voz crítica metódica y razonada sobre los graves dilemas de la población, como por ejemplo, erradicar la pobreza, combatir la violencia, ocuparse de los problemas ecológicos mundiales, la extinción de las especies, etc. Educar en valores es una misión considerablemente ardua. Sin embargo, se trata de una tarea irrenunciable (CERRILLO MARTÍN, 2003:60).

Funciones que realizamos los docentes además de enseñar

La función docente implica la realización directa de los procesos sistemáticos de enseñanza - aprendizaje, lo cual implica el diagnóstico, la planificación, la ejecución y la evaluación de los procesos y sus

consiguientes resultados, y de otras actividades formativas incluidas dentro del ámbito del proyecto educativo institucional de los establecimientos educativos (LOUCKS-HORSLEY y COX, 1984:18).

La función docente, además de la asignación académica, alcanza asimismo las actividades curriculares no lectivas que deben desplegar los educadores, como por ejemplo:

1. Plasmar el desarrollo curricular, tarea que implica determinar y analizar los objetivos educacionales realizados por personas no se desempeñan como docentes y no nos tienen en cuenta.
2. Establecer las necesidades, fortalezas e intereses de los alumnos.
3. Se desenvuelven como tutores cuando los alumnos demandan su ayuda o buscan auxilio especializado si el caso lo requiere.
4. Capacitan a los ayudantes a alumnos, adscriptos, ayudantes de primera y de investigación.
5. Lidian con un presupuesto escaso para el sector educativo universitario.
6. Investigan buscando y encontrando respuestas a los problemas de enseñanza-aprendizaje que se desenvuelven en el aula.

La pedagogía de la comprensión

La pedagogía universitaria nunca puede desvincularse de la realidad social, tecnológica y cultural en que se encuentra, pues estas realidades poseen relación con su sentido crítico y creativo y además son *dimensiones definitorias* de los fines esenciales de la Universidad (GRIJALDA, 1999, para. 2).

Los docentes universitarios se tropiezan con una doble responsabilidad: por una parte, alcanzar conocimientos más profundos que les aseveren una mayor especialización en el área disciplinar, mediante la dedicación a la función investigadora y, por otra parte, un ejercicio de la docencia como labor aplicativa y de transferencia, que no implica solamente el momento interactivo, el encuentro con los estudiantes en clase, sino que envuelve actividades pre y post áulicas.

El rol pedagógico de docente universitario es primordial para que los alumnos pasen de la asimilación o uso meramente instrumental de

información y habilidades a genuinos procesos de perfeccionamiento del conocimiento que formen profesionales eficientes, éticos y socialmente comprometidos con el medio en el cual se desenvuelven.

Hoy como ayer la Universidad se exhibe con una nota exclusiva: es la institución de cultura y educación de orden superior, es un lugar donde surge en forma incomparable la creatividad y de transmisión del saber para el bien de la comunidad.

Por todo lo expresado, la universidad es la institución de investigación y creación de la cultura que permite la búsqueda de la verdad en todas las áreas del conocimiento.

En las manos de los profesores está la posibilidad de formar a los jóvenes, contribuir a que sean personas responsables, que respeten al prójimo y que alcancen una conciencia de protección hacia la realidad en la cual viven y se desempeñan y de rechazo ante las injusticias.

El docente debe asumir el rol de mediador entre la cultura propia de su área disciplinar y el alumno *tratará de comprenderla*. La mediación del profesor se concentra en la promoción y el acompañamiento del estudiante en su proceso de aprender, una mediación con sentido de presencia, que acompaña y actúa intencionalmente en miras de alcanzar un perfeccionamiento en el discípulo, valiéndose de la enseñanza de los contenidos de la cultura especializada.

Cuantiosas intervenciones que efectúa un docente en el aula son fruto de las investigaciones de tópicos de su campo disciplinar, enlazadas con sus experiencias en la clase, y concertadas por su capacidad de comunicabilidad didáctica. Otras intervenciones las confecciona creativamente en razón de las preguntas, acotaciones y aportes que perpetrar los alumnos.

El docente debe formarse en una *pedagogía de la comprensión*, que va más allá de la posesión del conocimiento y de la información, pues trata de capacitar al alumno para que pueda cumplir con las complejas actividades de comprensión y además para que pueda utilizar el conocimiento que posee.

A veces se asocia la educación con la mera instrucción de contenidos. Hay aquellos *educadores intelectuales* que asientan todo su quehacer en el

nivel de conocimientos que esgrimen. Su labor primordial es demostrar su saber ante sus estudiantes. Ellos dictan clases sólo para alimentar su propio ego y vanidad, “*confunden la docencia con la instrucción*”, (Giroux, 1990: 171-178).

Otras veces, se observan docentes que confunden la pedagogía con la paternidad, para éstos el ser profesor simboliza ser una entusiasta compañía, una persona empática, capaz de atender las dificultades, necesidades afectivas y sociales de sus alumnos.

En conclusión:

La función del profesor es educar, cumplir con el rol social que permita a las generaciones más jóvenes adecuarse a las necesidades de la sociedad. Por ello es que el docente no puede dejar de observar las normas de convivencia que permitan que los jóvenes eduquen su libertad.

Además, no es suficiente con conocer de valores y principios, ni de elaborar sendos discursos sobre ética, si en las acciones cotidianas y concretas cuando se planteen dilemas entre lo correcto y lo bueno no sabemos qué efectivamente hacer.

En definitiva, los buenos maestros tienen una metodología y son didácticos, educan la inteligencia lógica, educan la emoción, enseñan a sus alumnos a explorar su propio ser.

Los profesores deben ser personas con vocación para que hagan de sus estudiantes además de personas productivas, personas íntegras y sanas psicológicamente, físicamente y moralmente.

Bibliografía

CÁCERES MESA, Maritza y otros, (s.f.). La formación pedagógica de los profesores universitarios. Una propuesta en el proceso de profesionalización del docente, <http://www.rieoei.org/deloslectores/475Caceres.pdf>.

CERRILLO MARTÍN, M^a del Rosario, (2003). Educar en valores, misión del profesor, Revista Tendencias Pedagógicas 8.

ESCONTRELA MAO, RAMÓN. (1992). "La formación del profesor, modelos y tendencias: el modelo crítico reflexivo". Revista de Pedagogía. Enero. (Venezuela).

ENCICLOPEDIA GENERAL DE LA EDUCACIÓN. (2000) Tomo I. Ed. Océano Grupo Editorial. Barcelona.

FARIÑAS, G. (1990). La selección de tareas docentes en el proceso de dirección de la enseñanza superior. Universidad de La Habana, La Habana. Inédito.

FERNÁNDEZ PÉREZ, M. (1988). La profesionalización docente en la escuela. Ed. Escuela Español. S.A. Madrid.

GIMENO, SACRISTÁN, J. Y PÉREZ GÓMEZ, A. (1982). La enseñanza: su teoría y su práctica. Ed. Akal universitaria. Madrid.

GIROUX, H. A. (1990) Los profesores como intelectuales. Ediciones Paidós/MEC. Barcelona.

GONZÁLEZ, OTMARA. (1991). "El enfoque histórico cultural como fundamento de una concepción pedagógica". Revista Tendencias Pedagógicas Contemporáneas. Colectivo de autores. Universidad de La Habana. CEPES. Ciudad de La Habana.

GRIJALVA, Agustín, (1999). "Reflexiones sobre pedagogía universitaria". [http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/28\(3\)/451.pdf](http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/28(3)/451.pdf).

IGLESIAS LEÓN, MIRIAM Y OTROS. (2002). "La preparación pedagógica de los profesores universitarios. Su impacto en la calidad de la Educación Superior". Ponencia presentada en 3ª Convención Internacional de la Educación Superior. Universidad.

IMBERNÓN, F. (2000): "La formación docente del profesorado universitario entre la realidad, el deseo y la utopía". I Congreso Internacional: Docencia Universitaria e Innovación. junio. Barcelona.

LOUCKS-HORSLEY, S. y COX, P. (1984). "It's all in the doing? What research says about implementation". New Orleans: AERA.

PRIETO CASTILLO, Daniel. (1994). Educar con sentido, apuntes sobre el aprendizaje, Ed. EDIUNC, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza,

PRIETO CASTILLO, Daniel. (1994). La pasión por el discurso, cartas a estudiantes de comunicación, Ed. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNC, Mendoza.

PRIETO CASTILLO, Daniel. (1993). "Notas sobre el trabajo discursivo", en El discurso pedagógico, Alejandra Ciriza y otros, Ed. RNTC, San José de Costa Rica.

PRIETO CASTILLO, Daniel. (1986). Utopía y comunicación en Simón Rodríguez, Ed. Academia Venezolana de la Lengua, Caracas.

PRIMO FERNÁNDEZ, MANUEL. (2001). "Modelo básico para la superación del docente como investigador". Tesis de Maestría. Universidad de Cienfuegos.

SALAZAR BONDY, Augusto. (1979). Educación y cultura, Ed. Búsqueda, Buenos Aires.

STUBBS, Michael. (1987). Análisis del discurso, análisis sociolingüístico del lenguaje natural, Ed. Alianza, Madrid.

SUCHODOLSKI, Bogdan. (1971). Tratado de pedagogía, Ed. Península, Barcelona

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2012) "La pedagogía en la universidad" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. pp.87-97. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Lucía Lourdes Vicentini

Abogada. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de La Rioja, Profesora adjunta de Derecho de la Navegación en las Universidades Nacionales de La Rioja y de Córdoba, Publicista, Coordinadora académica en la Sala de Estudios de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Colegio de Abogados de Córdoba).

Palabras claves:

*Estados extranjeros,
personalidad, actuación.
Gestión comercial.
Jurisprudencia. Convenios
Internacionales.*

Key words:

*Foreign Status,
personality, action. Private
management.
Jurisprudence case.
International convention*

Resumen

Los Estados soberanos del mundo son con moderna terminología y en el derecho argentino, calificados como personas de derecho público. Estos además de las relaciones diplomáticas que el Derecho Internacional Público impone en sus relaciones con los demás, actúa a nivel de "Ius gestionis" no sólo en la jurisdicción de sus Estados sino en la esfera y jurisdicción negocial de otros Estados, en relaciones que el Derecho Internacional Privado trata como personalidad fuera del propio territorio. Así se comportan como entidades particulares, lo que plantea problemas de su capacidad y la de validez de ciertos actos, la comparencia ante tribunales, activa y pasivamente etc. Algunos convenios internacionales resuelven,

aunque fragmentariamente, estos problemas. La jurisprudencia argentina también, pero a través de casos que han mostrado en un primer momento ciertas contradicciones. Hoy parecería la cuestión, según concluye este trabajo, definitivamente aclarada. Igual tema plantea la "Iglesia Católica Apostólica Romana", que en la Argentina sigue siendo una persona jurídica de carácter público.

Abstract

The sovereign foreign state of the world, with modern terminology are in the Argentine law claim qualified like public law persons. Those besides have diplomatic relations that international law impose in their relations, with the others to move at "Ius gestionis" level, not in yours jurisdiction if not at the business relations in another foreign countries private international law facts deals like personality out owner land. So, they to bear like particular subject and these to leave capacity problems and the validity about some fact of to appear before a judge in active and passive form, etc. Some international conventions resolve these problems but, fragmentary form. The argentine jurisprudence also, but, to go through, some cases that had show in a first moment certain contradictions. For the conclusion of these article, problem to day seem definitive to explain. The same theme to plants the "Roman Catholic Church" that in Argentine continue to be yet a law person of character public order.

I.) Introducción

Se ha dicho bien que no es posible concebir al hombre viviendo aislado de sus semejantes. A través de las largas etapas que impone la historia se advierte que el ser humano fue impulsado a vivir en sociedad y son muchas las explicaciones que la antropología y el derecho han brindado para explicar ese instinto de sociabilidad.

Los hombres para satisfacción de sus necesidades y desde su aparición biológica sobre la tierra debieron agruparse en ciertos lugares donde abundasen los alimentos y donde la lucha por la subsistencia fuese más fácil

pero cuando los alimentos escasearon o aquella lucha se tornó más difícil, el hombre prehistórico tuvo ya una tendencia a dispersarse buscando regiones más feraces. Si se quedaron algunas veces en el mismo lugar fue necesario imponer una cooperación entre los individuos y en común nació una vida social, la ayuda mutua y la unión muchas veces contra el enemigo común. Se dieron agrupamientos primitivos y desde el nacimiento de la prole, y la base del hogar se vivió con sus semejantes en agrupamientos primitivos que hoy llamamos gens-orde-tribu.

Nuestros tratadistas del Derecho Internacional Privado se ocuparon in extenso de analizar la historia y las razones que llevaron a la "comunidad de derecho" de que nos habla Savigny (SAVIGNY, 1879) (1), fundamento que a su vez se brinda para la vida internacional de las llamadas "Personas Jurídicas" a través de los Estados del mundo.

Nuestro tratadista, Romero del Prado ya en una de sus iniciales obras (ROMERO DEL PRADO, 1926) (2), prologada en 1926 por Enoch D. Aguiar dice: en párrafos que textualmente luego reproduce en su tratado (ROMERO DEL PRADO, 1961) (3) *"...El hombre considerándose impotente para acometer aislada e individualmente ciertas empresas, se ve obligado a buscar la ayuda de sus semejantes, ejercitando su derecho indiscutible de asociarse con fines útiles como dice nuestra Carta Fundamental. Ya si persiguen fines culturales, científicos, literarios, artísticos, de beneficencia, de asistencia y económicos, que no pueden ser alcanzados mediante esfuerzos aislados, porque exigen grandes capitales que un individuo no puede proporcionar, pero si varios reunidos con esos propósitos, o bien que para obtenerlos es necesario largo tiempo que exceda la duración de la vida humana.*

Por eso los individuos se asocian entonces, creando las llamadas personas jurídicas..." Agregando que *"...Tenemos así estos entes o sujetos del derecho, al lado de las personas físicas, susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, totalmente distintos de los individuos componentes, con un patrimonio propio y que continúan subsistiendo no obstante el cambio de las personas físicas que han contribuido a su creación."*, y aclara que al igual que el individuo físico, estas entidades, necesitan desarrollar su actividad para alcanzar el fin para que han sido creadas, fuera del lugar donde han nacido o se han constituido, y si aquel se le permite en virtud de la comunidad de derecho que lleva a hacer que se

respete su personalidad en todas partes, también en todas partes y en virtud de esa misma comunidad de derecho, se les debe permitir hacerlos a las segundas y reconocerlas como tales personas jurídicas en todos los países es decir, admitirlas en la vida internacional y anticipando su posición seguidora de la Teoría de la Realidad agrega "...Si al hombre aisladamente considerado se le respeta, por qué no también, al conjunto de los mismos. No hay más limitaciones que las impuestas por el orden público del país donde pretendan desarrollar su actividad", y ello conduce el autor a sostener ya anticipadamente la extraterritorialidad de las personas jurídicas (ROMERO DEL PRADO, 1961). (4).

Como se diría prologando un interesante libro sobre la teoría del reenvío, de un autor rosarino, Ciuro Caldani que "(del derecho internacional privado, depende) ... que en las relaciones de las diversas culturas en el espacio pueda realizarse en todas sus riquezas el "complejo personal" en que el "yo" y el "nosotros" se alimentan recíprocamente con las perspectivas de "tú" y "vosotros", "el" y "ellos" , vale decir el respeto a la diversidad (CIURO CALDANI, 2001).(5).

Inicial tarea es definir a la persona jurídica, tema que en uno de sus aspectos es materia de estas reflexiones. Según el Art. 30 de nuestro Código Civil "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o, contraer obligaciones". Definición que Salvat concreta en el hecho de que pueda ser sujeto activo o pasivo de derechos (SALVAT, 1950) (6), y agrega el Art. 31 del Código Civil, primera parte "Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible...", y el mismo codificador en nota preliminar al Título I (De las Personas en General) en su Título I "De las Personas Jurídicas", aclara "Se usa de la expresión persona jurídica como opuesta a la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sino como un fin jurídico..." (VELEZ SARFIELD, 1869) (7), ponderando que en la obra de Savigny se encuentra extensamente tratada la materia (SAVIGNY, 1879) (8). Más allá y por exclusión se termina por afirmar en el Código Civil Art. 32 que "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas", introduciendo esta sinonimia que parecía descartada, queriéndose aclarar que son entidades abstractas, desprovistas de existencia material (SALVAT, 1950) (9).

En tanto el nacimiento de una persona física es un hecho natural reconocido automáticamente, la persona jurídica no nace de un hecho natural sino por la voluntad humana en tanto la persona jurídica es "reconocida" como tal en un ordenamiento jurídico específico y desde ese momento pasa a ser sujeto de derecho y obligaciones (LIMA MÁRQUEZ Y FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003) (10). Consideramos que las personas jurídicas son una realidad que los Estados vienen a reconocer y si bien hay un vínculo originario y decisivo entre una ley y una persona jurídica reconocida, sobre la misma se abandona por los autores la teoría que explicaba la naturaleza de las mismas como ficciones legales (ROMERO DEL PRADO, 1961) (11). Adoptando modernamente la Teoría de la Realidad considerando a la persona jurídica como algo que preexiste a la decisión del Estado que verifica su existencia se limita a reglamentarla, se nos impone su extraterritorialidad como una consecuencia lógica. Bien se ha dicho, que el legislador no crea una persona sino que la reconoce admitiendo lo que ya existe (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (12).

Se ha observado también que en el estado actual de la evolución del derecho resultaría excesivamente simple y falso afirmar que el problema de la actuación extraterritorial de la persona jurídica se haya supeditado totalmente a la solución del arduo y difícil problema jurídico filosófico de su naturaleza (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (13). Si se atendiera tan sólo al favorecimiento del comercio internacional habría que adoptar plenamente la plena extraterritorialidad de las personas morales sean de carácter público o privado. Pero si se atiende a la protección de las economías locales y a las defensas de los intereses de los Estados frente a los grandes centros de poder económico se alegraría por la teoría del territorialismo estricto. Conciliando ambos intereses la doctrina y legislación comparada han dado lugar a un tercer sistema el de la "Extraterritorialidad Parcial" que atiende tanto al comercio internacional como a las economías locales resaltando los actos que una persona jurídica puede realizar en un país distinto al de su constitución entre aquellos que hacen a su capacidad específica y los que integran su capacidad genérica o accesorio. Respecto a los primeros Alfonsín, autor uruguayo y principal expositor de la teoría del territorialismo parcial decía "... que el objeto de la institución viene a apreciarse con arreglo al instrumento de su constitución y no a las limitaciones que de hecho se halla impuesto la persona jurídica pues de lo contrario la persona

de que tratamos podría fraccionar a su gusto el objeto de su institución ejerciendo libremente en otro país sólo una parte de ese objeto, so pretexto de no ser la que ejerce en el país de su constitución” (ALFONSÍN, 1961, FRESNEDO de AGUIRRE, 2009) (14). Los actos que integran la capacidad accesoria o genérica de toda persona jurídica importa ejercitar el objeto de su institución, como estar en juicio en calidad de actora o demandada, contratar, adquirir bienes por legados o donación etc., son catalogados como de capacidad genérica, en cualquier Estado con plena capacidad de actuación extraterritorial habilitada para ejercerlos en cualquier Estado distinto al de su constitución sin necesidad de obligarse a ningún requisito, control o reconocimiento que le imponga la ley de ese otro Estado.

La teoría de la extraterritorialidad parcial que como ya veremos aparece receptada en el Art. 4º del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y por el Código Civil uruguayo en su Art. 2394 que fuera en este tema modificado en el año 1941 inspirado en el Tratado del año anterior.

No son estas reflexiones enderezadas al análisis de estos temas iniciales como por ejemplo sobre la aclaración de que debe entenderse por capacidad específica con la interpretación de un criterio exclusivamente cuantitativo o de un doble criterio cualitativo-cuantitativo que adopta el Art. 4º del Tratado de Montevideo de 1940. Se ha afirmado entre nosotros que entre ambos criterios “el meramente cualitativo se ajusta y adecua en mayor medida al fundamento y finalidad al sistema de la extraterritorialidad parcial” (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (15).

Entre nosotros en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1969 se aprobó un despacho de la minoría que tratando estos temas aconsejaba la modificación del Código Civil adoptando el sistema de la extraterritorialidad parcial, aunque en forma incompleta (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (16).

II.) Clasificación de las Personas Jurídicas

Autores que influyeron decisivamente en nuestro Código Civil a través de sus doctrinas bien seguidas por nuestro codificador Vélez Sarsfield son las de Savigny y Freitas (SAVIGNY, y FREITAS, 1860) 17. En materia de

Personas Jurídicas y su clasificación sin embargo siguió la del jurista alemán aun cuando modificada y no obstante haber en la nota del codificador al Título "De las Personas Jurídicas" ya citada diga "... en Savigny se encontrará extensamente tratada la materia (T. II. del Derecho Romano). De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos a la letra" (18), lo que haría pensar que siguió a éste último, a Freitas. Enfáticamente Romero del Prado afirma que "Vélez Sarsfield, no siguió en la clasificación de las Personas Jurídicas a Freitas..." (ROMERO DEL PRADO, 1961)(19). Brindando cuadro sinóptico demostrativo de ese apartamiento (ROMERO DEL PRADO, 1961) (20).

La clasificación de Savigny distinguió a las personas en "de existencia natural o necesaria" entre las que se cuentan el Estado las ciudades y (Municipios) y "de existencia artificial o contingente" entre las que se encuentran las Asociaciones o corporaciones y Fundaciones.

La clasificación que proporcionó Freitas es la siguiente: de existencia visible el hombre; y de existencia ideal, las que a su vez pueden ser "públicas o jurídicas" o "privadas". Las primeras a su vez pueden ser "de existencia necesaria" o "de existencia posible". Las personas de existencia necesaria a su vez pueden ser nacionales (El Pueblo- El Estado- La Corona - Las Provincias -Municipios -La Iglesia) o extranjeras (Los Estados extranjeros sus provincias o municipios). También las personas de existencia posible pueden ser Nacionales (Establecimientos de utilidad pública - Corporaciones -Sociedades Anónimas o en comandita por acciones) o extranjeras (Establecimientos, corporaciones o sociedades en las circunstancias anteriores). Finalmente las personas de existencia ideal Privadas son las (Sociedades civiles y comerciales, nacionales o extranjeras- Herencias yacentes- Representaciones voluntarias y necesarias).

Nuestro Código Civil por su parte en su versión original dispuso en su Art. 33 "Las personas jurídicas sobre las cuales este Código legisla, son las que, de una existencia necesaria, o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1º El Estado; 2º Cada una de las provincias federadas; 3º Cada uno de sus municipios; 4º La Iglesia; 5º Los establecimientos de utilidad pública, religiosos y piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien

común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado”.

El Art. 34 que se mantiene en su versión original aún hoy dice “Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior”.

Vale decir nuestro Código Civil distinguió a las personas jurídicas en “de existencia necesaria” y “de existencia posible” y como bien enseña Romero del Prado (ROMERO DEL PRADO, 1961) (21), siguiendo así más bien a Savigny, para quien son “de existencia natural o necesaria” y “de existencia artificial o contingente”. Como bien ya anticipaba el jurista cordobés en el derecho moderno, son llamadas personas del derecho público o públicas y las segundas personas del derecho privado o privadas. Unas indispensables a la organización política de un país relacionadas con el derecho constitucional y administrativo las otras que pueden o no existir relacionadas con el derecho civil o comercial pero todas contribuyendo al bienestar y perfeccionamiento moral e intelectual, vale decir, con un fin social.

Por la reforma introducida por Ley 17.711 se modificó el artículo 33 del Código Civil diciéndose que “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público 1) el Estado nacional, las provincias y los municipios; 2) Las entidades autárquicas; 3) La iglesia católica...” en otros dos párrafos se dispone que otras personas tienen “carácter privado”. Como se observa figuran como persona de carácter público las ya incluidas en la anterior versión del artículo 33, más las entidades autárquicas o entes descentralizados regidos por la ley de su creación (BORDA; GUASTAVINO, 1970) (22).

Se ha dicho que el cambio de denominación fue ventajoso y técnicamente más exacto superando las críticas que se le formulaban al viejo artículo 33, por el cual se interpretaba que el Estado era una persona de existencia necesaria que actuaba directamente y de existencia posible si lo hacía por intermedio de sus organismos descentralizados o autárquicos. Lo que implicaba razonar que el Estado como persona jurídica participaba de una doble naturaleza (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (23).

En la reforma al Código Civil a la palabra "Iglesia" se le adicionó la palabra "Católica". Bien decía muchos años antes Salvat "La ley se refiere aquí a la iglesia católica, cuya personalidad jurídica le ha sido tradicionalmente reconocida" (SALVAT, 1950) (24).

En el Código Civil brasileño, según lo dispuesto sus artículos; 13, 14, 15 y 16 y los artículos 19 y 20 de la Ley de Introducción antes de la reforma de 1942, se clasificaba a las personas jurídicas en "del derecho público" y "del derecho privado" y a las primeras de derecho público "interno" y de derecho público "externo".

III.) El Estado

a) Su reconocimiento

Dice Weiss, jurista francés citado por Romero del Prado (ROMERO DEL PRADO, 1926) (25), que el Estado está constituido regularmente por los principios del Derecho Internacional Público, está revestido de personalidad de pleno derecho y por sí mismo, es la persona necesaria. Centraliza y resume en su unidad todos los intereses generales del país; está encargado de asegurar a todos los integrantes de su territorio los derechos y garantías reclamadas para el ejercicio de sus facultades agregando que *"según el consenso general, un Estado extranjero es reconocido de pleno derecho como persona jurídica capaz, desde que el Estado sobre cuyo territorio invoca su capacidad, ha reconocido oficialmente su existencia política y mantiene relaciones diplomáticas con el gobierno que lo representa"* (WEISS-ZEBALLOS, 1925) (26).

El Art. 34 del Código Civil argentino extiende el carácter de persona jurídica de derecho público a los Estados extranjeros, a cada una de sus provincias y municipios y debe interpretarse así mismo a sus entidades autárquicas como las llama el Art. 34, aún cuando ya refiriéndose a "establecimientos o corporaciones se mantiene en ese artículo y es consecuente con el viejo artículo 33 inc. 5º. Es decir que la calidad de persona de derecho público del Estado se encuentra indisolublemente unida al de su personalidad jurídica en el derecho privado, la primera supone a la segunda para la consecución de sus fines.

Dice Fiore, también traído por Romero del Prado (FIORE, 1894; ROMERO DEL PRADO, 1926; KALLER de ORCHANSKY, 1997) (27), en un párrafo que sin citarlos así mismo transcribe Kaller de Orchansky "... su personalidad civil se impone como consecuencia de su existencia política, respecto de los demás Estados que hayan entrado en relaciones diplomáticas con el mismo". Agregando aquél autor que todo Estado existe primero respecto de sí mismo, y después respecto de los demás Estados con los que entra en relaciones, con todos los derechos y capacidades de orden político y de carácter jurídico privado, que son elementos necesarios de existencia y de desarrollo de cualquier Estado constituido (ROMERO DEL PRADO, 1926) (28). El Estado es sujeto de derecho público y del derecho privado interno pero también es persona del derecho internacional público y del derecho internacional privado porque a la vez que actúa en su carácter de poder público, lo hace igualmente como un particular cualquiera. "El reconocimiento de un Estado extranjero significa admitirlo como persona jurídica y no solo como miembro de la comunidad de naciones, persona del derecho internacional público" (ROMERO DEL PRADO, 1926) (29).

El acto político del reconocimiento de un Estado extranjero, para el Estado que lo efectúa significa hacerlo en un doble carácter como persona de derecho público y como persona de derecho privado (ROMERO DEL PRADO, 1926) (30).

Sintetizando opinión de otros autores se afirma que no basta el reconocimiento del Estado Extranjero sino que es necesario el reconocimiento del gobierno respectivo, pues de lo contrario aquel carecería de representación (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (31).

En la jurisprudencia se suscitó la cuestión de saber si un gobierno no reconocido por las potencias extranjeras puede ejercer los derechos referentes a la personalidad jurídica del Estado. Así Romero del Prado recuerda el caso célebre de los navíos chilenos y afirma:

"Bajo la presidencia de Balmaceda, ya al finalizar el siglo pasado, estalla en Chile una revolución, quedando la parte sur bajo el gobierno del mismo y el norte, gobernado por los revolucionarios o congresistas" (ROMERO DEL PRADO, 1926) (32). Agrega el autor citado *"Antes de este movimiento el gobierno legítimo de la vecina república había encargado la construcción de unos navíos de guerra, a un astillero francés y en 1891, estando éstos listos para ser entregados, fueron reclamados por unos y otros. Llevado el asunto*

al Tribunal del Sena, éste ordena como medida previa el secuestro de aquellos por ser bienes litigiosos y es ante la Corte de París ante la cual se apeló, que se discutió a quien debían ser entregados los barcos. La Corte, consideró, que la construcción de éstos se había hecho por encargo del gobierno de Balmaceda; que los representantes de los congresistas no habían justificado que su gobierno hubiese sustituido completamente al del presidente y que continuando la lucha, era, entonces, al gobierno de Balmaceda, a quien correspondía la entrega de los buques, como representante de la personalidad civil del Estado” (ROMERO DEL PRADO, 1961) (33). Pero es de preguntarse cuando en un Estado el antiguo gobierno ya no existe ¿quién ejercerá los derechos referentes de la personalidad jurídica de ese Estado? Parece necesario contestar que ese “nuevo gobierno” aunque no esté reconocido (PODESTÁ COSTA, RUDA, 1979) (34).

Las personas jurídicas de carácter público como los Estados y otros organismos internacionales requieren el reconocimiento de los demás, son sujetos sólo en la medida de éste reconocimiento (GOLDSCHMIDT,1952) (35) y este hecho, desde el momento que ha nacido y provee a su conservación con una vida de relación internacional que entra a formar parte de la comunidad internacional a medida que es reconocido, acto unilateral de los demás Estados que lo provee al Estado de una personalidad jurídica internacional. Pero esta es otra cuestión y decimos, no estrictamente de derecho internacional privado sino del llamado derecho internacional público al cual nos remitimos (PODESTÁ COSTA RUDA, 1979) (36).

Y en su funcionamiento interno da lugar a un tema del derecho administrativo (DROMI, 1977) (37).

b) Estados Extranjeros. Personalidad fuera del propio territorio

Se ha dicho bien a propósito del objeto del Derecho Internacional Privado, que el mismo regula las relaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros. Y así mismo que la aplicación del derecho privado extranjero constituye una manifestación de respeto al elemento extranjero

contenido en el caso controvertido, de respeto que reviste una forma positiva (GOLDSCHMIDT, 1952) (38). Y se ha agregado que "...al elemento extranjero se suma el carácter privado de la relación. Son los sujetos de derecho privado o de derecho público que actúan con carácter privado los que le confieren tal carácter (URIONDO de MARTINOLI, 1997) (39).

Vale decir, que respecto a las personas jurídicas de derecho público como señala Alfonsín partimos de la base que el Derecho Internacional Privado "sólo tiene en cuenta la personalidad de derecho privado propia de estas entidades" (ALFONSIN, 1961) (40).

El Estado cumpliendo con sus propios fines y obligaciones en pluralidad de supuestos trasciende su actividad, estrictamente fuera de sus fronteras, vale decir en otros Estados. Se comprueba así, que en la vida internacional actual de estos entes requieren celebrar actos jurídicos como la compra de equipamientos para el ejercicio de sus funciones, para sus fuerzas armadas, o adquirir inmuebles por ejemplo para sus embajadas, consulados y oficinas comerciales, de turismo etc. También contratar empréstitos o servicios, pagar deudas con particulares o entes estatales extranjeros y también compareciendo ante tribunales distintos del propio estado sea como actor o demandado.

Las opiniones de los autores sobre la personalidad del Estado fuera del propio territorio, históricamente pudieron agruparse en tres sistemas:

1º Una tesis restrictiva, territorialista según la cual el Estado, sus provincias y municipios no son personas jurídicas fuera de sus límites territoriales.

Esta primera posición decían sus sostenedores –ya que hoy aparece abandonada- se fundaría en el peligro que un Estado corre si se permitiese allí adquirir inmuebles por parte de un Estado extranjero sus provincias o municipios ya que reconociendo a los mismos como personas jurídicas habría que permitirle hacerlo en el Estado que se dice debe o puede negarse hacerlo. Estas prevenciones fueron explicitadas por Laurent (LAURENT, 1893) (41), quién en sus "Principes de Droit Civil" expresaba "... ¿Dónde está la necesidad que el Estado francés o una comuna francesa posean en Bélgica? Es el legislador de cada país a quien corresponde organizar sus servicios públicos de manera que cumplan su destino; él no puede, no debe contar con el apoyo del extranjero.

Los Estados extranjeros tienen por el contrario, razones para excluir de su seno a las personas civiles...” y este autor fundado como se ha dicho en un concepto exagerado de la soberanía (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (42), incluso cambió después de opinión. Se ha criticado mucho esta teoría territorialista. Así se puede razonar que un Estado puede adquirir por tratado un territorio ¿Cómo puede impedirse que compre un edificio para su legación en un país extranjero? o su arrendamiento? ¿Cómo equipar si carece de una industria desarrollada elementos para el funcionamiento de sus reparticiones incluidas sus fuerzas armadas?

En un mundo moderno interdependiente e intercomunicado esta primera tesis “territorialista” llevaría al aislamiento de los países y a la frustración de sus fines.

2º Una segunda posición sutilmente diferenciada de la anterior diría “el Estado las provincias y los municipios son reconocidos como personas en su capacidad pública pero no en su capacidad privada”.

Según el derecho internacional público el Estado no es doble sino uno y desde el momento en que es reconocido y así figura en los tratados existe, como lo hemos dicho más arriba (ROMERO DEL PRADO, 1961) (43).

3º La teoría de la extraterritorialidad, es una postura liberal amplia y es hoy unánimemente seguida, a la cual se inclinó incluso el mismo Laurent. Al constituirse un Estado este lo hace con el doble carácter de poder público y de persona jurídica. Lo contrario haría imposible la vida de relación internacional. Sin embargo la doctrina y las leyes de los Estados reparan en los inconvenientes que padece un Estado si otro Estado extranjero, o incluso sus particulares, realiza en su suelo determinados actos jurídicos, como la adquisición de inmuebles en zonas fronterizas, zonas vitales para la defensa nacional, reservas ecológicas etc. Pero para esto no se requiere cerrar la posibilidad de actuación jurídica privada de los Estados extranjeros en el propio territorio pues cada Estado es dueño en sus leyes y con carácter genérico no discriminatorio disponer la imposibilidad en la realización de ciertas adquisiciones o contratos para su control.

c) Capacidad extraterritorial de actuación de un Estado.

Los Estados según opinión aceptada hoy en el Derecho Internacional Privado tratan con otros Estados o con particulares nacionales o extranjeros para llevar normalmente a cabo sus propios fines, por ejemplo procurándose capitales para ejecutar grandes empresas públicas, o contratando servicios de interés general o desempeñándose como empresario o comerciante, industrial o banquero, etc., pero a veces se declaran monopólicos en relación a la exploración, explotación y comercialización de ciertos productos como los hidrocarburos, el gas o el tabaco u otras veces para la prestación de ciertos servicios que se reservan para el empresariado del propio país como las que bien se han estructurado para el tráfico de navegación de cabotaje o el aéreo (ROMERO BASALDUA, 1996; LENA PAZ, 1975) (44). Y ello es propio y lógico para una sana política naviera y aérea mínimamente proteccionista (VICENTINI y ROMERO BASALDUA, 2005) (45), e incluso ello ocurre o ha ocurrido en reconocidas potencias del mundo (ROMERO BASALDUA, 1996) (46).

En materia de adquisición de inmuebles se ha traído el caso de algunos Estados de la unión americana, donde se prohíbe al Estado extranjero adquirir inmuebles o se lo permite pero con restricciones, o limitados a los predios necesarios para instalación de legaciones o consulados, como el Código Civil del Brasil en su Art. 20 (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (47).

En materia de dominio sobre inmuebles los Estados extranjeros propietarios de los mismos pueden verse afectados como cualquier persona y como titulares de un derecho privado por procedimientos de expropiación llevados adelante por el Estado con dominio sobre el mismo.

Sobre la adquisición de un Estado en el territorio de otro Estado por contrato por sucesión mortis causa es de recordar el famoso caso Zappa ocurrido en Rumania y el de la marquesa de Plessis Bellière en Francia (ROMERO DEL PRADO, 1961) (48). Resumiendo aquellas cuestiones, recordemos que en el primer caso Evanhely Zappa de origen griego muere en 1865 en Rumania y en su testamento deja al Estado griego todos sus inmuebles situados en Rumania y a su hermano Constantino el

usufructo de los mismos. A la muerte de éste último en 1892 el Estado griego reclamó para sí los inmuebles situados en Rumania pero este último país sostuvo la nulidad de ese testamento y en ausencia de herederos reclamó para sí aquellos bienes. El gobierno rumano alegó la competencia de sus jueces para entender en la sucesión, por tener Zappa allí su domicilio al morir y por esta allí situados los bienes. Grecia y de acuerdo al régimen de las capitulaciones todavía en vigor en Rumania sostenía la competencia del tribunal consular helénico. Una mínima suspicacia mostraba que el juez que se declarase competente haría triunfar al Estado al que pertenecía. Los principales juristas de la época fueron consultados, los tribunales rumanos se declararon competentes y dieron razón a los herederos legítimos de Zappa. Jurisconsultos de varios países sostuvieron que si los extranjeros pueden adquirir bienes inmuebles por sucesión al igual que los nacionales, esa igualdad aprovecha a los Estados extranjeros también. El otro caso se planteó en Francia y contrarió los intereses de la Santa Sede la marquesa de Plessis Bellière dejó gran parte de su fortuna al Papa pero sus parientes, atacando el testamento sostuvieron la incapacidad para recibir de quien aparecía como legatario. El tribunal de 1ª instancia se pronunció en beneficio del Papa, quien se dijo que representaba a una persona moral extranjera y la corte de apelación de la ciudad de Amiens revocó la sentencia, desconociéndole a la Santa Sede su personalidad como Estado, su soberanía temporal y necesitaba por consiguiente el reconocimiento del gobierno francés para tenerla. Finalmente ante la Corte de Casación el juicio terminó en una transacción. Para Romero del Prado si se presentara la cuestión entre nosotros reconociendo la Iglesia Católica como persona jurídica de acuerdo al Código Civil hubiera triunfado la pretensión del Vaticano (ROMERO DEL PRADO, 1961) (49).

Quintín Alfonsín, expositor de la territorialidad parcial nos dice que el Estado fuera de sus fronteras goza de plena capacidad para los actos de la vida civil pero en la medida que quiera ejecutar actos propios de sus funciones o servicios públicos debe ajustarse a las exigencias del Estado donde quiera practicarlas. Vale decir, sin el consentimiento del Estado donde se encuentran o efectúan con sujeción a sus leyes el Estado extranjero carece de derecho a participar como prestatario de funciones o servicios públicos propios del otro país (ALFONSIN, 1961) (50).

Sintetizando y en forma destacada su pensamiento se ha dicho que el Estado "... *podrá ejercer en un país extranjero y sin requerir la admisión territorial, todos los actos jurídicos que se deriven de su capacidad jurídica plena, así: adquirir bienes muebles o inmuebles, estar en juicio, contratar, etc., más para el ejercicio de actos de sus funciones o servicios públicos necesitará de la admisión por parte del Estado donde los pretende practicar en la forma y las condiciones que señalen las leyes de éste*" (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (51).

El autor uruguayo arriba citado, al respecto cita la compra que realizara en 1952 el Estado argentino de la International Telephone and Telegraph Corporation (I.T.T.). Así las cosas, la Compañía Telefónica Telegráfica del Plata integrante de aquella empresa y dueña de bienes e instalaciones en el Uruguay, concesionaria de aquel país en la prestación del servicio pasó a ser propiedad del Estado argentino. La Asesoría Jurídica del Ministerio de relaciones oriental opinó que si bien el Estado argentino pasaba a ser propietario de bienes de la empresa en el Uruguay, carecería de personalidad para realizar el servicio, a menos que obtuviera el asentimiento del gobierno uruguayo para el ejercicio de la concesión.

La prestación de servicios públicos en un país distinto al propio está subordinada al especial control del Estado donde se realiza, como se ha dicho más arriba (ver nota 50).

d) Derecho Internacional Privado argentino: Código Civil y Jurisprudencia

Recordemos que el Art. 34 de nuestro Código Civil, norma que mantiene su redacción original dice "Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior". De su lectura y aplicación surge que esa norma consagra el extraterritorialismo amplio del Estado extranjero. Hoy tras la reforma de la Ley 17.711 diríamos claramente también se reconoce como tal expresamente a las "entidades autárquicas" de esos sujetos del derecho público extranjero. Estas últimas así como las "provincias y municipios" quedan regidos por el derecho público de su creación (FALLO,1923) (52). Enseñaba ya Romero del Prado

en su obra original de 1926, que "... El codificador argentino no obstante seguir la teoría de la ficción... ha aceptado los principios más liberales en cuanto a la extraterritorialidad de las personas jurídicas extranjeras" (ROMERO DEL PRADO, 1926) (53).

Nótese que por el Art. 34 las personas jurídicas de derecho público no requieren autorización alguna para que puedan funcionar como tales bastando para ello el reconocimiento diplomático. Esta interpretación es pacífica en la doctrina nacional.

Cuestiones importantes en el Derecho Internacional Privado como el de la capacidad de un Estado extranjero para adquirir inmuebles en nuestro país o para legítimamente ser legatario en un testamento dieron lugar a casos emblemáticos sobre los cuales mucho se ha escrito. En uno de esos casos también se decidió algo fundamental y por la doctrina en general, no controvertido, respondiendo a la pregunta si puede un Estado extranjero tener domicilio en la argentina. El primero de estos casos tuvo lugar en 1924 en el por entonces territorio nacional de Formosa cuando el vicecónsul del Paraguay en aquel lugar hizo saber al gobernador del territorio, que había adquirido para su gobierno un inmueble en dicho lugar para instalar las oficinas del consulado e incluso el propósito de adquirir su gobierno un edificio más adecuado y mejor para el mismo fin en uno de los solares de la Colonia Clorinda. La transferencia se formalizó ante el juez de paz del lugar y se pidió que fuese aprobada, el gobernador impuso en la nota recibida al ministro de relaciones exteriores de nuestro país, quien a su vez requirió informes del asesor letrado de aquel ministerio, Dr. Sarmiento Laspiur y del Procurador General Dr. Rodríguez Larreta.

Explicando el desenlace de este caso Romero del Prado expresa "... Ambos dictaminaron en el sentido de que nuestra legislación permite tales adquisiciones, y así es, en efecto.

Nuestro Código Civil, reconoce como personas jurídicas a los Estados extranjeros -Art. 34- y como tales, pueden adquirir todos los derechos que el Código establece y ejercer los actos que no le sean prohibidos por medio de sus representantes -Art. 35-. Dado que no hay ninguna ley especial que restrinja esa capacidad, pueden, entonces, hacerlo, debiendo es claro, someterse a la ley territorial o argentina, en cuanto a las formalidades para transferencia de los bienes inmuebles (ROMERO DEL PRADO, 1961) (54). Se

dijo por el Procurador General que la solución estaba dada por el derecho común que se acuerda a dichos Estados, no debiendo intervenir nuestra cancillería por no contemplar el asunto ninguna cuestión relacionada con la aplicación del Derecho Internacional Público y sus reglas que están en los tratados o convenciones y se advertía para el futuro que el Poder Ejecutivo podía proponer la sanción de una ley especial reglamentaria que determinase la forma y condiciones en que las personas jurídicas del Derecho Público externo podían adquirir bienes inmuebles en nuestro país, poniendo como ejemplo lo que ya si hizo el Brasil. Si bien un Estado como tal puede no pretender adquirir grandes extensiones de tierra salvo las requeridas para sus embajadas o consulados, puede si ocurrir que un rico propietario de aquellas muera sin herederos forzosos dejándolas al Estado extranjero de su origen. Si bien el derecho de expropiación se ejerce contra un particular cualquiera nacional o extranjero si se intenta contra un Estado extranjero se pueden herir susceptibilidades o general desconfianza o recelos.

Se repitió el planteo pero para decidir si un Estado puede ser legatario de bienes dejados en nuestro país y además para controvertir la alícuota de un impuesto que por nuestra autoridad fiscal se afirmó que tenía el impuesto a la transmisión gratuita de bienes cuando el legatario se domicilia en el extranjero, a raíz del caso Félix Loria (FALLO, 1940) (55).

El caso se dio en 1940, cuando Félix Loria por testamento legó a favor del gobierno de Italia \$ 800.000 para la construcción de un palacio en la ciudad de Buenos Aires, que se podría llamar "La Casa de Italia", para diversos fines, disponiéndose que si se hallaba un edificio adaptable para los mismos, se autorizaba al gobierno de Italia a comprarlo, sin necesidad de construirlo. Al liquidarse el impuesto sucesorio y en base a lo dispuesto por la ley 11.287 (Art. 30) aplicable cuando el beneficiado legatario tuviere su domicilio en el extranjero al momento del fallecimiento del testador, se aplicó un recargo del 100%. El representante de Italia dijo que su Estado como persona jurídica, por entonces calificada "de existencia necesaria" no podía atribuírsele su domicilio en el extranjero donde reside su gobierno sino donde está su representante o embajador o sea en la Argentina. La Cámara decidió que aún así, un Estado extranjero (Italia) tiene su domicilio legal o real donde funciona su gobierno principal o superior. En segundo lugar que un Estado extranjero puede beneficiarse por un testamento pero

no podría ser heredero ab-intestato, siendo de recordar la nota de nuestro codificador al Art. 3588, que trata sobre la sucesión del Fisco, nota donde distinguiendo los actos cumplidos por un Estado extranjero como ente soberano o persona jurídica y citando a Merlín se dijo que si bien en su territorio un Estado puede por razones de soberanía adquirir los bienes sin dueño, "... no se puede permitir que un Estado extranjero ejerza en el territorio (de otro Estado) un acto de soberanía, apropiándose de bienes sin dueño" (Fallo, 1940) (56).

Sintetizando bien se afirmó que el caso Loria estaba resuelto por aplicación de lo dispuesto en los artículos 34, 36, 41 y 44 del Código Civil (ROMERO DEL PRADO, 1961) (57).

e) Comparencia del Estado ante Tribunales de otro

Un Estado contrae obligaciones, contrata etc. con particulares extranjeros y esos particulares que consideren lesionados sus intereses y derechos por tal relación, podrán en demanda de justicia concurrir ante los tribunales del Estado extranjero con quien contrataron o, extra-contractualmente se alega, de él, se ha sufrido un daño, pero ¿lo hará ante los tribunales de aquel Estado extranjero o ante los de su propio Estado?

¿Puede el Estado extranjero demandado, oponerse a la jurisdicción de otro Estado? y en tal caso ¿cuándo puede legalmente oponerse? Si el particular, ocurre ante los Tribunales del propio Estado demandado la dificultad no es tal, pues todos los Estados reconocen a los particulares, nacionales o extranjeros el derecho a acudir a sus tribunales en demanda de las reparaciones alegadas. Se cumpliría además así, con la fácil y probable ejecución de la sentencia (58).

Pero puede ocurrir que el particular que alega ser damnificado, no quiera presentarse ante los Tribunales del Estado extranjero a los que juzga por anticipado de dudosa imparcialidad. Y así, entonces prefiera demandar al Estado extranjero en su propio Estado.

Planteado el tema se han alegado básicamente dos posturas, la tesis unitaria o clásica y la tesis diferencial calificada de moderna (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (59). La primera, la clásica, la sostienen numerosos autores y decisiones judiciales basándose en el principio de igualdad y

soberanía de los Estados sin atender a la naturaleza del acto que plantea la demanda, concluyendo que un Estado extranjero puede oponerse a comparecer ante los tribunales locales de otro Estado, vale decir en su caso y en todos los supuestos plantear como excepción la inmunidad de jurisdicción (60).

La tesis diferencial distingue los actos que un Estado cumple como poder soberano hacedor del bien común y ejerciendo su autoridad pública diferenciada de otros actos que cumple como persona jurídica en igualdad de condiciones como un particular atento a que por estos últimos no se lesiona soberanía alguna. Se alega por dicha tesis que un acto jurídico (compraventa, donación, contrato de trabajo, etc.) no cambia su naturaleza porque la realice un Estado, vale decir, que dicho acto puede ser sometido a los tribunales de otro Estado (61).

La teoría diferencial distingue así los llamados actos de imperio de los actos de gestión. Y ésta diferencia por ejemplo en el Derecho de la Navegación Marítima y Aérea decide entre nosotros la calificación de los vehículos navegatorios, buques y aeronaves y en base a uno u otro destino se los califica de públicos o privados (ROMERO BASALDUA, 1996) (62).

Los actos de "gestión" que son de derecho común civil y comercial en el mundo actual intensamente interrelacionado comúnmente ejecutados por un Estado en otro actuando como comerciante, industrial, empleador, banquero, etc. Bien se ha dicho que "... resulta inconveniente a la larga, porque retrae los intereses particulares temerosos de contratar con un Estado que primero actúa como un sujeto de derecho privado, y luego se refugia en su imagen de soberano para eludir la jurisdicción local" (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (63).

En síntesis puede observarse que el Derecho Argentino sigue la tesis unitaria, sin distinguir actos "jure imperi" y "jure gestionis" inicialmente debe recordarse que resultan de aplicación los artículos 100, 116 y 117 de la Constitución Nacional actual; "Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ...y por los Tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; ... y entre una provincia o sus vecinos, contra un estado o ciudadano extranjero" (Art. 116). Si es una provincia la que demanda a un Estado extranjero la

competencia de la Corte Suprema es originaria pero, si la demanda la promueven los particulares de una provincia, ellos pueden demandar a un Estado extranjero ante los tribunales federales de de sección o del territorio que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la acción (Art. 117). En la interpretación de todas estas competencias fue al final decisiva la tan citada Ley Nº 48. Es importante así mismo en nuestra historia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los términos del decreto-ley nacional Nº 1285/58, convertido más tarde en Ley 14.967 (64), que consagra la tesis unitaria al disponer la jurisdicción de aquella, decreto que tras el caso Gronda sufrió una reforma. En dicho decreto-ley del poder ejecutivo nacional 1285/58 se dispuso en su Art. 24, inc. 1º, 2da parte: "No se dará curso a una demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquél país para ser sometido a juicio" vale decir, que demandado un Estado extranjero en nuestro país, el representante diplomático del Estado demandado, a su arbitrio puede aceptar o declinar la jurisdicción argentina.

Reseñando el caso de jurisprudencia señalado recordemos que: Franco Gronda era un industrial italiano que en nuestro país realizó operaciones bancarias en el Banco Industrial y en el Banco Nación Argentina vinculadas a la instalación de una planta industrial, la irregularidad en la concertación de estos créditos llevó a la Justicia Argentina a iniciarle un proceso por defraudación. Pero Gronda lo que ha sido calificado como un caso de retorsión (GOLDSCHMIDT, 1985) (65), a la vez entabló, ante los tribunales de Milán, Italia, demanda por daños y perjuicios en contra del Banco industrial, Banco Nación y solidariamente a la Nación Argentina, por los perjuicios económicos que supuestamente habría sufrido por sus frustradas negociaciones en nuestro país. El tribunal italiano aceptó como medida precautoria el pedido de embargo de una por entonces muy moderna aeronave Comet-4, propiedad de Aerolíneas Argentinas a la sazón en su vuelo inaugural estaba en Roma y también del buque "Río Cuarto" de la empresa estatal argentina ELMA, surto por entonces en el puerto de Génova. El juez ordenó el embargo aplicando la tesis diferencial ya mencionada de la jurisprudencia de su país interpretando que los actos que habían dado lugar a la demanda eran de gestión (GOLDSCHMIDT,1985) (66). En realidad, aclaremos y como medida precautoria, no puede ni en

aquel entonces, ni ahora objetarse la embargabilidad de aquel buque y aquella aeronave, toda vez que de los términos del Convenio de Bruselas de 1926 ya por entonces recientemente ratificado (Ley 15.787) y de los del Código de Comercio Libro III y de nuestro Código Aeronáutico (el que estaba en vigor Ley 14.307) dichas naves si bien de propiedad del Estado no tenían función estatal, vale decir con moderna terminología no eran ni son, diríamos hoy, "públicas" (LENA PAZ, 1987 y ROMERO BASLADUA, 1996) (67).

El Estado argentino opuso ante el tribunal italiano la inmunidad de jurisdicción y entonces se ordenó el levantamiento del embargo por que el tribunal declaró que la solución diferencial puede prosperar cuando también es aceptada contra el Estado contra el cual se ordena la medida y ese no era el caso argentino país que adopta la tesis unitaria. En suma que se tuvo en cuenta la reciprocidad. El caso reseñado motivó la sanción legislativa del decreto-ley 9015 del año 1963 (68), que agregó al párrafo 2º del inc. 1º del Art. 24 del decreto-ley 1285/58 el texto siguiente: "Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina.

Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modifíquese sus normas al efecto".

La jurisprudencia argentina es rica en sus fallos donde han sido demandados ante nuestros tribunales Estados extranjeros. Así, sobre la conformidad de éste para ser sometido a juicio (69), o en reclamos laborales formulados por dependientes argentinos de las representaciones extranjeras (70) o la aplicación de la teoría clásica del decreto-ley 1285/58 en la demanda entablada contra una embajada acerca de que es posible la renuncia de jurisdicción (71) o sobre la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional para decretar la falta de reciprocidad en los términos del Art. 24 del decreto-ley 1285/58, que se reconoce privativa e irrevisable por el Poder Judicial (72).

Se enseña bien, que en realidad el decreto-ley 1285/58 receptó en normas positivas las doctrinas de los fallos que hasta entonces había adoptado la Corte Suprema y que se concreta en cuatro principios fundamentales: a) Los Tribunales argentinos carecen de jurisdicción para juzgar actos de un Estado extranjero cuando ha actuado como soberano; b) El Estado extranjero puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción y deducir sus acciones ante el Juez argentino. Hay un sometimiento voluntario a su jurisdicción; c) Si el Estado extranjero fuere demandado por actos realizados de acuerdo a su capacidad de derecho privado, puede a su arbitrio aceptar o declinar la jurisdicción; d) El Estado extranjero no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción cuando se trata de reconvención, tercería o demanda incidental o conexas (KALLER de ORCHANSKY, 1997) (73).

f) Tratados de Montevideo

El tema de las personas jurídicas de carácter público ha sido regulado y en primer lugar en ámbito americano en forma específica en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Estos Tratados regulan en su Art. 3º a las personas de derecho público y dice el Tratado de 1889 "El Estado en el carácter de persona jurídica tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado de conformidad a las leyes de éste último.

El Tratado de 1940 sin cambiar lo sustancial emplea una fórmula más genérica ya que dispone que el Estado y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras "podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de éste último".

En ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, se reconoce así la eficacia extraterritorial de la personalidad jurídica privada del Estado – y como dice el Tratado de 1940 – de las demás personas jurídicas de derecho público, aunque para actuar en función de esa personalidad deberán someterse a las leyes del lugar de actuación, o sea las leyes sobre "capacidad de los Estados extranjeros" del ordenamiento jurídico del Estado donde pretende actuar. Los actos concretos que un Estado extranjero realice en el territorio de otro Estado quedan regulados por la ley que corresponda a la respectiva categoría (contrato, etc.) como

cualquier otra relación jurídica de derecho privado y no por el derecho público del lugar de actuación (ALFONSIN, 1961) (74).

En rigor de verdad no se aparta demasiado la solución de los tratados de las que aportan para las personas jurídicas de carácter privado.

Un Estado extranjero en suma tiene personalidad jurídica en el territorio de otro, puede estar en juicio, recibir legados, adquirir bienes sometiéndose a la *lex rei sitae*, contratar, pero no para como dice Alfonsín "realizar actos que importen ejercicio de sus funciones o de un servicio público" (ALFONSIN, 1961) (75). En suma se elige como punto de conexión de la capacidad la ley del Estado donde se quiere actuar.

El Tratado de Montevideo de 1889 mencionado omite hablar "de otras personas jurídicas estatales" como si lo hace el de 1940, pero en opinión de Alfonsín (ALFONSIN, 1961) (76) de ninguna forma podría interpretarse el texto del primero como una inclusión implícita, tanto más cuando ningún delegado manifestó nada en este sentido; no obstante las comunas, municipios, entes autónomas, etc., pueden actuar en otros países a través de la personalidad jurídica del Estado al que pertenecen (LIMA MÁRQUEZ y FRESNEDO de AGUIRRE,2003) (77).

Es de hacer notar que también el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante y Sirven admite la extraterritorialidad del Estado en su carácter de persona jurídica con las restricciones que puedan establecer los derechos locales, Art. 31. El Brasil fue el único país de los que hoy forman el MERCOSUR que adhirió al Código Bustamante (Decreto N° 18871 del 13 de agosto de 1929). En el ámbito del MERCOSUR las relaciones jurídicas del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional vinculan a la Argentina, Paraguay y Uruguay pero en las relaciones entre estos tres países con Perú, Bolivia y Colombia por el Tratado de 1889.

g) Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado (CIDIP-III, La Paz, 1984).

El Art. 7. de la referida convención respecto a las personas jurídicas de derecho público establece que las mismas "gozaran de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Noviembre de 2012- A2.V2.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

obligaciones en el territorio de los demás Estados Partes”, con las restricciones que establezca su propia ley y las leyes del Estado donde actúan. Esta convención que en el ámbito del MERCOSUR fue ratificada por Brasil presenta una redacción más moderna y perfeccionada que los Tratados de Montevideo. Agrega con respecto a las personas jurídicas internacionales creadas por un acuerdo internacional entre Estados Partes o por una resolución de una organización internacional que “... se registrarán por las estipulaciones del acuerdo o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados-Parte” -art. 8- (LIMA MÁRQUEZ y FRESNEDO de AGUIRRE,2003) (78).

h) Personas Jurídicas de Derecho Público Internacionales

Parece ya lejana una de las controversias más importantes planteadas en el Derecho Internacional, con anterioridad a la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, que es la cuestión de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales resuelta favorablemente. En numerosos tratados los Estados crean un organismo, entidad o empresa internacional y la misma tendrá o no “personalidad de derecho internacional” conforme lo establezcan las normas consuetudinarias o convencionales que le dieron origen. Esta personalidad tiene carácter “supranacional” y no queda regida nunca por la ley nacional de uno u otro Estado y como decimos en particular por la norma (un tratado, acuerdo u otra) constitutivo de la entidad. Ya en el caso de las “reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, cuando el conde sueco Folke Bernardotte fuera asesinado en Jerusalén por terroristas israelíes cuando este se desempeñaba como mediador de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia en 1948, reconoció que la O.N.U. tenía derecho a reclamar una reparación del Estado responsable, pero no porque las Naciones Unidas fuesen un Estado o un super Estado, sino porque era una persona de derecho internacional capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Hoy justamente se ponen como ejemplo de personas jurídicas de derecho internacional a la Organización de Naciones Unidas y a la Organización de Estado Americanos y su personalidad jurídica los habilita

sólo para realizar, en el territorio de los Estados miembros aquellos actos que responden a su objeto, función o servicio. Pero estas personas de derecho internacional poseen además otra personalidad de naturaleza privada regida por el derecho privado que le permite realizar actos, como adquirir bienes, recibir legados o contratar. Se ha dicho que esta personalidad privada "presupone la personalidad internacional" (ALFONSIN, 1961) (79).

Como hemos visto más arriba la CIDIP-III, firmada en La Paz, en 1984, en su Art. 8 dispone como ya se vio con respecto a las personas jurídicas internacionales creadas por acuerdos internacionales de Estados-Partes o por resolución de una Organización internacional que "se regirán por las estipulaciones del acuerdo o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados-Partes...".

Como ejemplos puntuales de este tipo de organismos, en el Cono Sur se citan la "Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", constituida por el Convenio y Protocolo adicional entre la Republica Oriental del Uruguay y la República Argentina, para aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay en la zona de Salto Grande, firmados el 30 de diciembre de 1946, (la ley argentina la aprobó por Ley 13213 y recién e efectuó el canje de los instrumentos de ratificación en Montevideo el 27 de agosto de 1958. De sus artículos 1 y 2 surge que en función de su personalidad de derecho internacional realiza actos jure imperii pero también en función de su personalidad de naturaleza privada puede realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (actos jure gestionis).

Otro ejemplo citado es la "Comisión Administradora del Puente Buenos Aires-Colonia" por el cual el Art. 25 del Tratado que la creó en 1996 establece que gozará de personalidad jurídica internacional para cumplir con su cometido.

También se cita el Tratado para el establecimiento de un "Estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas", firmado en Buenos Aires el 6 de julio de 1990, y aprobada por la Argentina por Ley 23.935. El "Estatuto" no establece un tipo societario (RICHARD, 1995) (80). Las empresas binacionales que se constituyan en el marco del tratado deben adoptar alguna de las formas jurídicas del país que elijan para la sede social, necesariamente la Argentina o el Brasil. El Tratado se refiere a "empresas"

binacionales y no a “sociedades” o “persona jurídica” (FIORANI, 1998) (81).

IV) La Iglesia.

Hemos visto que el Art. 33 de nuestro Código Civil, en el inc. 3, de la primera parte, enuncia como persona jurídica de carácter público a la “Iglesia Católica” como persona jurídica de carácter público y por lo tanto con capacidad civil para realizar todos los actos de la vida civil como sujeto de derecho y obligaciones, por medio de sus representantes. La norma del artículo 33 original en su inciso 4º se refería a la Iglesia como persona jurídica de existencia necesaria, por lo que se aclaraba que la misma era la Iglesia Católica, Apostólica Romana (SALVAT, 1950) (82). Así las cosas la reforma de la Ley 17711 no hizo más que reafirmar esta aclaración. El tema y la inclusión privilegiada de esta Institución como persona de carácter público, reconoce una larga historia en la que nuestro país protegió a lo que se juzgó natural por tradición hispánica y fue también así dicha posición la que promovió el Art. 2º de nuestra Constitución Nacional.

No sólo como entidad universal la Iglesia Católica es persona jurídica de carácter público, pudiendo adquirir bienes, sino también lo son cada iglesia en particular, la Iglesia nacional o sus parroquias (ROMERO DEL PRADO, 1961) (83). Pero no son personas jurídicas de carácter público las iglesias disidentes que tendrán el carácter de personas jurídicas de carácter privado cuando hayan obtenido personalidad jurídica de acuerdo a los Arts. 33 inc. 5º y 45 del Código Civil. Así, el Art. 2345 del Código Civil dispone “Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los Arts. 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos y a las leyes que rigen el Patronato Nacional”. Vale decir que los templos y las cosas sagradas los muebles consagrados al culto los conventos, seminarios, son de propiedad de las respectivas Iglesias o Parroquias, son parte de su patrimonio y tienen aquella capacidad para disponer de los mismos (ROMERO DEL PRADO, 1961) (84).

Puede agregarse que el Art. 3739 del Código Civil dispone que “son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, sino

fuesen parientes del testador y las iglesias en que estuviesen empleados,...". La excepción a esta incapacidad de derecho la constituye la "iglesia parroquial" del testador, y las comunidades a las que ellos perteneciesen. De esta posibilidad en nuestro país y aún así se ha hecho abuso, dando lugar a enojosas cuestiones con los herederos legítimos. En el Art. 3740 así mismo se establece la incapacidad para suceder, recibir legados del ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad.

REFERENCIAS

- 1.- SAVIGNY, Federico Carlos, 1879, "Sistema del Derecho Romano Actual" (Versión castellana por J Mesía y M Poley) T. II, Madrid.
- 2.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N, 1926, "Las personas jurídicas en el derecho internacional privado" Córdoba, con prólogo Enoch de Aguiar, pág. 14.
- 3.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N, 1961, Ob. cit "Las personas jurídicas...", pág. 14 y "Derecho Internacional Privado", (Tratado), Córdoba, T. II. Pág. 84.
- 4.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N Ob. cit "Las personas jurídicas...", pág. 15.
- 5.- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, 2001, en prólogo a la obra Derecho Internacional Privado-la importación del derecho extranjero" de Alfredo Mario Soto, , Buenos Aires, pág. 11.
- 6.- SALVAT, Raymundo M., 1950, "Tratado de Derecho Civil Argentino" (Parte General), 9º edición actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Buenos Aires, T. I., pág. 241.
- 7.- Nota del codificador al Título I "De las personas jurídicas", Código Civil Argentino.
- 8.- SAVIGNY, Federico Carlos "Sistema de Derecho Romano..." ob. cit., T. II.
- 9.- SALVAT, Raymundo M. "Tratado..." (Parte General) ob. cit. T. I. pág. 684.
- 10.-LIMA MÁRQUEZ, Claudia y FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia, 2003, "Personas Jurídicas" en obra de Diego P Fernández Arroyo como coordinador y otros trece autores, Buenos Aires, Capítulo XIV, pág. 541 y ss.
- 11.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 86 y ss.
- 12.-KALLER de ORCHANSKY, Berta, 1997, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 208,

- siguiendo a Víctor Romero del Prado "Tratado..." ob. cit. T. II. Pág. 101, reproduce, adhiriendo así a esa teoría del tratadista cordobés.
- 13.-KALLER de ORCHANSKY, Berta "Nuevo Manual..." ob. y ed. cit. pág. 209.
 - 14.-ALFONSÍN, Quintín, 2009, "Sistema de Derecho Civil Internacional", Vol. I., Montevideo, Uruguay, 1961; FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Curso de Derecho Internacional Privado" T. II (Parte Especial) Vol. 2, Montevideo, Uruguay. pág. 13.
 - 15.-KALLER de ORCHANSKY, Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 212.
 - 16.-KALLER de ORCHANSKY, Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 213.
 - 17.-SAVIGNY, Federico Carlos "Sistema del Derecho Romano Actual" y FREITAS, Teixeira, preparó y publicó a su vez en el Brasil en 1860 su célebre "Esboço" seguido por Vélez Sarsfield en los tres primeros libros del Código Civil.
 - 18.-Nota del codificador al Título I, cit., "De las Personas Jurídicas".
 - 19.-ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 107
 - 20.-ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 102.
 - 21.-ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 108.
 - 22.-BORDA, Guillermo A, 1970, "Personas Jurídicas", en Rev. "El Derecho", T. 28, pág. 821; GUASTAVINO, Elías P. "Las Personas Jurídicas extranjeras después de la reforma del Código Civil", en Rev. "La Ley", Diario del 10 de diciembre.
 - 23.-KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 214.
 - 24.-SALVAT, Raymundo M., 1950, "Tratado de Derecho..." (Parte General), 9º edición actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Buenos Aires, T. I., 1194, pág. 719.
 - 25.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Las Personas Jurídicas..." ob. cit. pág. 89.
 - 26.- WEISS-ZEBALLOS, T. I., 1925, pág. 377 y "Manuel de Droit International Privé", 9ª Ed., París.
 - 27.-FIORE, P, 1894, "Derecho Internacional Público" Trad. española T.I., pág. 253; Madrid; ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Las Personas Jurídicas" pág. 90; KALLER de ORCHANSKY Berta "Nuevo Manual...", ob. cit. Pág. 214
 - 28.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Las Personas Jurídicas..." ob. cit. pág. 91.
 - 29.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Las Personas Jurídicas..." ob. cit. pág. 94.
 - 30.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 214.

- 31.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 215.
- 32.- El caso de los navíos chilenos de 1891 es relatado en esa forma por ROMERO DEL PRADO, en su libro "Las Personas Jurídicas..." ob. cit. Pág. 117 y 118.
- 33.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N reitera en su "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 131 y sin las comas y sin citarlo se transcribe en el Manual de Kaller de Orchansky, pág. 215.
- 30.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 214.
- 31.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 215.
- 32.- El caso de los navíos chilenos de 1891 es relatado en esa forma por ROMERO DEL PRADO, en su libro "Las Personas Jurídicas..." ob. cit. Pág. 117 y 118.
- 33.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N reitera en su "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 131 y sin las comas y sin citarlo se transcribe en el Manual de Kaller de Orchansky, pág. 215.
- 34.- PODESTÁ COSTA, Luís A y José María RUDA, 1979, (Actualizador), "Derecho Internacional Público" 5ta. Ed., Buenos Aires, T. I. pág. 61.
- 35.- GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 7ma. Ed., pág. 252.
- 36.- PODESTÁ COSTA, Luís A y José María RUDA, 1979, (Actualizador), "Derecho Internacional Público" 5ta. Ed., Buenos Aires, T. I. pág. 62.
- 37.- DROMI, José Roberto, 1977, "Derecho Administrativo Económico" T.I., Buenos Aires, Págs. 30 y 31.
- 38.- GOLDSCHMIDT, Werner, 1952, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, T. I., pág. 32., "Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 7ma. Ed., pág. 15.
- 39.- URIONDO de MARTINOLI, Amalia, 1997, "El Derecho Internacional Privado en los umbrales de un nuevo milenio". En Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Vol. 5/Nº 1-Año -Nueva Serie, pág. 122.
- 40.- ALFONSIN, Quintín "Sistema..." ob. cit., Nº 806, pág. 437.
- 41.- LAURENT, , 1893, "Droit civil international", París T. I. pág. 410.
- 42.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 216.
- 43.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N reitera en su "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 115.
- 44.- ROMERO BASALDUA, Luís César, 1996, "Derecho Marítimo" (Tratado), Córdoba, T. I. pág. 290. Ley de Cabotaje Nacional 12.980., LENA PAZ, Juan A., 1975, "Compendio de Derecho Aeronáutico" 4ta Ed. Buenos Aires, pág. 116. Código Aeronáutico Art. 97, 2do párrafo, Art. 131 y 132. Ley de política aérea Nº 19.030.

- 45.- VICENTINI, Lucía Lourdes y ROMERO BASALDUA, Luís C., 2005, "Diagnóstico y tratamiento de una patología en el Derecho Marítimo: Las banderas de conveniencia". En Rev. de la "Asociación Argentina de Peritos Navales", N° 24, nov. pág. 20 y N° 25.
- 46.- ROMERO BASALDUA, Luís César, 1996, "Derecho Marítimo" (Tratado), CórdobaT. I. pág. 79. Merchant. La ley norteamericana "Merchant Shipping Act" de 1984, el Acta de Navegación de Inglaterra de 1651.
- 47.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 217.
- 48.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N reitera en su "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 119
- 49.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N reitera en su "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 120.
- 50.- ALFONSÍN, Quintín, 1961, "Sistema de..." ob. cit, Montevideo, Vol. I. N° 820, pág. 455 y N° 807, pág. 438, y N° 811 pág. 442.
- 51.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed.. 5ta., edición, pág. 218.
- 52.- Así, reconociendo personalidad a una entidad pública extranjera se pronunció la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal en un viejo caso sentenciado el 05/03 de 1923.Registrado en la Rev. J A. T. 10 pág. 175. Se opinó que la aplicación del Art. 45 del Código Civil sobre autorización de la ley o el gobierno para comenzar su existencia, se interpretó que tal autorización solo es exigible si la persona jurídica ejerce en el país una actividad permanente.
- 53.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Las Personas...", ob.cit. pág. 99.
- 54.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado", ob.cit. T.II., pág. 123.
- 55.- El caso se decidió por una importante sentencia en este caso "Félix Loria", por la Cámara Civil de l Capital Federal Sala 1º el 5 de junio de 1940. Ver J. A., T. 71, pág. 403; también el "La Ley", T.19 pág. 53.
- 56.- Nota al Art. 3588 del Código Civil. Así mismo un importante estudio a raíz del caso Loria: Lazcano, Carlos Alberto "El domicilio del Estado extranjero y el recargo por ausentismo en la transmisión gratuita de bienes" Ver J. A. T. 71, Secc. Doc. Pág. 57.
- 57.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 133.
- 58.- Regla: "actor sequitur forum rei".
- 59.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 222.
- 60.- Es en general el punto de vista de la jurisprudencia inglesa, norteamericana, francesa y alemana.
- 61.- Jurisprudencia de Italia, Bélgica, Suiza y Austria.
- 62.- Artículo 2 de la Ley de la Navegación, Art. 37 del Código Aeronáutico. En ambos casos sólo son públicos los que están al servicio del Poder Público o sea, del Estado; no interesando de quien es la propiedad y calificándose a los demás de "privados", pues un Estado es dueño de

- organizar y mantener buques o aeronaves bajo sus empresas estatales pero no parece justo que por simple hecho de este último carácter ser rodeados de privilegiadas situaciones como ser la inembargabilidad (Art. 541 inc. 1º; 2º de la Ley de la Navegación; Art. 71º del Código Aeronáutico; Convención Internacional de Bruselas de 1926 sobre unificación de ciertas reglas concernientes a inmunidad de los buques del Estado (Art. 1º; 2ª y 3º, Ley 15.787) y "Tratado de Navegación Comercial Internacional, Montevideo, 1940" (Título X). Ver ROMERO BASALDUA, Luís C. "Derecho Marítimo" (Tratado), ob. cit. pág. 288.
- 63.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 223.
- 64.- Ley 14.967 del 23 de septiembre de 1958.
- 65.- GOLDSCHMIDT, Werner "Derecho Internacional Privado" ob, cit. pág. 436.
- 66.- GOLDSCHMIDT, Werner "Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 7ma Ed. pág. 436.
- 67.- LENA PAZ, Juan A., 1996, "Compendio de Derecho Aeronáutico" ob. y ed. cit. pág. 140; ROMERO BASALDUA, Luís César "Derecho Marítimo" (Tratado), Córdoba I. pág. 508.
- 68.- "B.O". 24/X/1963; "ADLA", XXIII-C. pág. 1895.
- 69.- "Solares, J. S. c/Estado de Turquía" – Cam Fed. Cap., en J. A. 1965-II, p. 168.
- 70.- Caso de la embajada de Francia- C. S., el caso de junio 24, 1976, en Rev. E. D. t. 63., p. 232.
- 71.- "Masv, S. A. c/Embajada de Guatemala (1ª Inst. Esp.-Juzg. Nº 5, diciembre 24, 1976, en Rev. E.D. t. 76, pág. 409.
- 72.- "Heinz J.C. c/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", Cam Nac. Civ. Y Com. Fed., Sala I, 30 de mayo de 1987.
- 73.- KALLER de ORCHANSKY Berta, 1997, "Nuevo Manual...", Buenos Aires, Ed. 5ta., edición, pág. 224.
- 74.- ALFONSÍN, Quintín "Sistema..." ob. cit. Nº 820, pág 455 y Nº 807. pág. 438.
- 75.- ALFONSÍN, Quintín "Sistema..." ob. cit. Nº 810, 812 y 813, pág 441 a 446.
- 76.- ALFONSÍN, Quintín "Sistema de Derecho Civil Internacional", ob. cit. Nº 822, pág. 457.
- 77.- LIMA MÁRQUEZ, Claudia y FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Personas Jurídicas" en obra de Diego P Fernández Arroyo como coordinador. ob. cit. pág. 556.
- 78.- LIMA MÁRQUEZ, Claudia y FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Personas Jurídicas" en obra de Diego P Fernández Arroyo como coordinador. ob. cit. pág. 565.
- 79.- ALFONSÍN, Quintín "Sistema..." ob. cit. Nº 819, pág 453 y 454.
- 80.- RICHARD, Efraín Hugo "Las sociedades y contratos de colaboración empresaria en la República Argentina y las empresa binacionales argentino-brasileñas", en "Derecho de la integración" nº 3, II

ENCUENTRO DE ESPECIALISTAS EN EL MERCOSUR, Universidad de Rosario, 1995, pág. 221-228.

- 81.-FIORANI, Carlos Alberto, 1998, "El Estatuto de Empresas Argentino-brasileñas como posible marco para la celebración de una Unión Transitoria de Empresas", en Rev. L. L., t. B, Sec. Doc., pág. 1143-1501.
- 82.-SALVAT, Raymundo M., 1950, "Tratado de Derecho..." (Parte General), 9º edición actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Buenos Aires, T. I., pág. 718.
- 83.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 135.
- 84.- ROMERO DEL PRADO, Víctor N "Derecho Internacional Privado...", Ob. cit T. II. Pág. 136.

Cita de este artículo:

VICENTINI, L. (2012) "Personas jurídicas de carácter público en el derecho internacional". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.98-130. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL CONCEPTO DE DEMOCRACIA.

Guillermo Eduardo Elías Sánchez

Abogado y Procurador.

Adjunto en la Cátedra de Derecho Internacional
Público y Comunitario Universidad Nacional
de La Rioja.

Carreras de Abogacía, Escribanía y Ciencias Políticas.

Palabras claves:

Democracia; republica;
representación;
liberalismo; igualdad.

Key words:

*Democracy; republic;
representation;
liberalism; equality.*

Resumen

El presente artículo trata sobre la metamorfosis que el concepto de democracia ha experimentado a través del tiempo, en el cual podemos observar que de la significación primigenia que el mismo tuvo, poco o nada queda en la actualidad. Estos cambios han permitido que este concepto se vincule con otros tantos que no guardan demasiada relación teórica o bien que en principio han aparecido como contrapuestos, como son las ideas de liberalismo, representación, república e igualdad.

Abstract

This article is about the metamorphosis that the concept of democracy has experienced over time, in which we can observe that the significance of the same primeval that had little or nothing remains today. These changes have meant that this concept is linked to many others that are not too theoretical

relationship or that in principle have appeared as conflicting, as are the ideas of liberalism, representation, republic and equality.

1)INTRODUCCION

Uno de los conceptos que en la Ciencia Política ha sido difícil de definir es el de democracia, palabra de origen griego derivada de pueblo y autoridad que de acuerdo al diccionario quiere decir: doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno o bien predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado. Pero esta idea tal como era concebida originalmente se ha ido transformando e identificando con otros conceptos con los cuales no guarda relación teórica o bien en un principio aparecían como contrapuestos. Y es así como aparecen relacionados con la idea de democracia la de liberalismo, la de representación, la de república etc.

A lo largo de este trabajo se pretende mostrar el desarrollo del concepto de democracia desde sus orígenes hasta el presente, y la vinculación que el mismo fue tomando con las ideas precedentemente mencionadas, planteando además que esta forma de gobierno, lejos de ser un sistema perfecto presenta grandes dificultades que no puede resolver. Por ello es que a los fines de no caer en las típicas idealizaciones que de la democracia se hacen como un sistema perfecto, consideramos más acertado a los fines de valorarla como el mejor sistema posible, el tener en consideración cuales son los presupuestos de una "democracia posible".

2)DEMOCRACIA. DEFINICION. LA METAMORFOSIS DE LA IDEA DE DEMOCRACIA

Cuando de definir la democracia se trata, suele acudirse a su significación etimológica derivada del griego que significa literalmente poder (kratos) del pueblo (demos). Pero esto solo resuelve un problema de etimología en el cual se explica el nombre pero no en qué consiste la democracia, ni cuáles son sus características. Como señala Sartori el tema de la definición es bastante más complejo. Esta definición no ayuda en

absoluto a entender a que realidad corresponde, ni como están construidas y funcionan las democracias posibles. (Sartori 2008)

La definición etimológica o literal de la palabra democracia corresponde al modo en que esta era concebida en la antigua Grecia en la cual esta nace. En la tipología política Griega la democracia es definida como el gobierno de muchos, de la mayoría o de los pobres. Esta concepción de que la democracia es el gobierno del pueblo no ha cambiado desde la antigüedad hasta los tiempos modernos. Existe consenso en que siempre el titular del poder político es el pueblo, entendido como el conjunto de los ciudadanos a los que toca en última instancia el derecho de tomar las decisiones colectivas. En lo que existe diferencia es en la manera amplia o restringida de ejercer ese derecho.

En las ciudades de la antigua Grecia imperaba la democracia directa en la cual los mismos ciudadanos eran quienes participaban "directamente" en la toma de decisiones de la Ciudad. Pero este sistema exigía una politicidad de tiempo completo, impidiendo al ciudadano encargarse de sus asuntos particulares en pos de una entrega total a la polis. Fustel de Coulanges sostiene que en la antigua Grecia "El ciudadano se entregaba por entero al Estado; le daba su sangre en la guerra; el tiempo en la Paz; no tenía libertad para dejar aparte los negocios públicos para ocuparse de los propios [...], debía mas bien, dejar estos para trabajar en provecho de la Ciudad"¹.

Rousseau teórico moderno de la democracia directa, y ferviente crítico del sistema representativo de gobierno, sostenía que en el pueblo estaba representada la soberanía del Estado, y por consiguiente la voluntad general era quien debía crear las leyes. Esta no podía ser representada por un legislador. Las leyes son fruto de la voluntad general, por lo cual si un pueblo delega esta facultad pronto se convierte en esclavo de la voluntad del representante. Sostenía Rousseau que el pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto como estos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada. (Strasser: 1990)

No obstante lo sostenido por Rousseau, este era totalmente consciente de que este modelo de Contrato Social era aplicable en muy pocos lugares,

¹ Foustel De Coulanges. Numa Denis. La Ciudad Antigua. C.S Ediciones Buenos Aires. 1997
Pág. 382-383

tales como la isla de Córcega o Ginebra, sitios en definitiva que no hayan sido corrompidos, con gran sencillez de costumbres, y sin desigualdad marcada. Era consciente que no podía aplicarse este modelo en Estados como Francia, que tenía una gran tradición de desigualdad. Es imposible poder cambiar las costumbres que se encuentran arraigadas fuertemente en un pueblo. Por eso concluía Rousseau con que si hubiese un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Pero un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres. (Strasser 1990)

Ahora nos preguntamos de qué manera esta "Voluntad general" participaba en la elaboración de las leyes. El ginebrino sostenía que esta era la difícil tarea del legislador. Este debía ser una especie de semidiós que tenía la tarea de interpretar la voluntad general al hacer las leyes respetando su espíritu, y tratando de que esta no sea engañada a pesar de que nunca se equivoca. Esta es la tarea del legislador, la de esclarecer la voluntad general. Estos legisladores descritos por Rousseau, no son representantes en el sentido que entendemos al sistema representativo, sino que eran comisionados o comisarios del pueblo, quienes tenían de este un mandato imperativo. Debían actuar bajo instrucciones precisas.

En EEUU, los teóricos de la Independencia Norteamericana, habían leído a Rousseau, pero la realidad que se planteaba en el país del Norte era totalmente diferente a la que el ginebrino sostenía en el Contrato Social. Thomas Jefferson si bien estaba convencido de que la igualdad, y la democracia eran valores importantes en una sociedad, piensa que en EEUU, la discusión pasaba por otra parte. Se debatía sobre declarar o no la independencia, si ser o no un país Federal o ser una Confederación. Además no consideraban que la democracia fuera la forma de gobierno más conveniente a la realidad Norteamericana.

Hamilton por ejemplo expresaba que: "Es imposible leer sobre las pequeñas repúblicas de Grecia e Italia sin experimentar sentimientos del horror y disgusto por las agitaciones de las que continuamente eran presa, y por la sucesión rápida de revoluciones que las mantenía en una estado de perpetua incertidumbre entre las condiciones extremas de la tiranía y de la anarquía".²

² Bobbio Norberto. Liberalismo y democracia. Fondo de cultura económica. México. 2000
Pág. 30

Madison sostiene en el Federalista, que el país debía organizarse por la teoría republicana y no democrática. Sostiene que democracia no es república, porque la república es representativa y lo que debe formarse es un gobierno representativo (Madison 2005). La crítica a la democracia, entendiendo a esta como democracia directa, está dada en que Madison veía en esta el peligro del espíritu de las facciones. Para este autor la democracia es inestable, es aplicable a ciudades chicas y genera muchas tensiones. La considera impulsiva, mediata, no es reflexiva y no está tamizada por filtros institucionales. Sostiene que: "...Estas democracias han dado siempre el espectáculo de sus turbulencias y sus pugnas, por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad, y por eso sobre todo, han sido tan breves sus vidas, como violentas sus muertes. Señala que las dos grandes diferencias entre democracias y repúblicas está en que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto, segunda que la república puede comprender un número más amplio de ciudadanos y una mayor extensión de territorio.

Madison en su obra realiza una lectura sociológica de la sociedad moderna y sostiene que la misma se divide en facciones, en grupos de interés, no es homogénea. La homogeneidad no existe y no podemos eliminar esos grupos de interés porque el precio de hacerlo es suprimir la libertad. Tampoco podían dejarse libradas sin regulación porque existía el peligro de que una facción llegara a ser tan grande que oprima a las demás. Pero si bien las facciones son malas existen en la sociedad, no pueden desconocerse. En el Federalista Madison sostiene que hay dos maneras de evitar el espíritu de partido. Se puede evitar suprimiendo sus causas o suprimiendo sus efectos. En lo que respecta a sus causas el primer método es destruir la libertad esencial a su existencia, es decir evitar que la gente se organice en facciones, o dar a cada ciudadano las mismas opiniones, las mismas pasiones o los mismos intereses.

"El primer remedio es peor que el mal perseguido dice Madison. La libertad es al espíritu faccioso lo que el aire al fuego. Un alimento sin el cual se extingue, pero no sería menor locura suprimir la libertad que es esencial para la vida política. Luego señala que el segundo medio es tan

*impracticable como absurdo el primero. Mientras la razón humana no sea infalible y tengamos la libertad para ejercerla habrá distintas opiniones.*³

La forma de evitar el espíritu faccioso es creando un sistema institucional de gobierno representativo, en el cual los representantes que van a estar apartados de los representados, van a poder tamizar mejor las pasiones del pueblo. Estos serían más reflexivos y no pasionales. Pensarían más en el interés del país en su conjunto. La delegación de la acción a un pequeño número de ciudadanos de probada sabiduría habría "hecho menos probable el sacrificio del bien del país a consideraciones particulares". Todo este sistema tiene sentido si el representante una vez elegido no se comportase como hombre de confianza de los electores que lo habían llevado al Parlamento, sino como representante de toda la Nación. Es decir en resumidas cuentas que el representante no sea "faccioso".

Por otra parte más allá del establecimiento del sistema representativo, Madison señala que:

*...este debe extenderse a lo largo del territorio ensanchando la esfera, y de esa manera dividir a la comunidad en un número tan grande de intereses y partidos, que en primer lugar no se haga probable que en un momento dado pueda darse una mayoría que tenga un interés común separado del conjunto o de la minoría y en segundo lugar que en caso que se dé tal interés, no resulten capaces de unirse en su prosecución. En definitiva Madison proponía atomizar la sociedad, ya que al haber más facciones, existe menos el peligro de que una tome el control y oprima a las demás.*⁴

Para que la democracia fuese realmente representativa era necesario que los representantes, no estuvieran vinculados a un mandato imperativo respecto de los electores, sino que apartados de ellos juzgaran según sus convicciones cuales son los intereses generales.

Vemos entonces como este modelo es el que termina imponiéndose en los distintos Estados. Actualmente se entiende por democracia, la representativa, pero habíamos visto como los patriotas Norteamericanos marcaban la distinción entre democracia y repúblicas. Es decir que existe un

³ Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista* (Nº 10), Fondo de Cultura Económica. México. (1994) Pág. 37

⁴ Madison James, *Republica y Libertad* (2005), "Discurso sobre las facciones en la convención Federal". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pág. 31

giro conceptual en la Teoría democrática, que tiene que ver como fuera dicho al comienzo con la amplitud con que el “pueblo” participa en la toma de decisiones.

En realidad vemos que mas allá de la formula que frecuentemente se utiliza para caracterizar a la democracia, cuando se dice que es el “poder del pueblo”, debemos aceptar que en realidad se trata del poder del pueblo, sobre el pueblo, razón por la cual señala Sartori que:

Lo que cuenta en este proceso de representación más que la “ida” es el “regreso” del poder. Si este trayecto no es vigilado, si en el proceso de transmisión del poder los controlados se sustraen del poder de los controladores, el gobierno sobre el pueblo corre el riesgo de no tener ninguna relación con el gobierno del pueblo⁵.

Para Madison en este proceso el papel del pueblo se reduce a ser un activo vigilante de los actos de sus representantes. Esta es la última garantía para que el sistema funcione correctamente, “la vigilancia del pueblo”.

3) CARACTERES DE UNA DEMOCRACIA POSIBLE

En el punto anterior podíamos analizar como el concepto de democracia había experimentado una serie de transformaciones a punto tal que si bien como señala Sartori la idea de gobierno del pueblo permanece presente, ha cambiado el grado de participación que tiene ese pueblo en la toma de decisiones. Ello ha significado el paso de una democracia directa a una democracia representativa.

Strasser señala que muchas veces se piensa a la democracia como un sistema de gobierno ideal, sin tener en cuenta que el mismo presenta varias limitaciones y problemas. Es por ello que a los fines de valorarla correctamente debemos analizar cuáles serían los presupuestos de una democracia posible. Los problemas de la democracia aparecen en principio en la misma “teoría” y para explicitarlos el autor se remite a las “fuentes” es decir a Rousseau, máximo exponente de la democracia directa. El ginebrino como habíamos señalado sostenía que la “voluntad general” es la

⁵ Sartori Giovanni. ¿Qué es la democracia? Editorial Taurus. Madrid. 2008 Pág. 48

que debía sancionar las leyes. A estas las diseña un legislador esclarecido, pero en definitiva las aprueba la voluntad general. Esta voluntad general no puede ser representada por nadie. Lo que si puede ser representado es el gobierno. Cualquiera sea la forma de gobierno que se adopte lo importante es que el pueblo como soberano sea quien hace las leyes, y por otra parte no es bueno "que quien hace las leyes las ejecute". A la ejecución de las leyes Rousseau la considera algo de menor rango y por lo tanto como esta es la función que cumple el gobierno "de ser un mero ejecutor", es posible que exista representación en este. Cuando se refiere a la ley, este sostiene que la misma tiene "carácter general", como general es la voluntad de la cual emana. Cuando se dice que la ley es general significa que se considera a los súbditos en cuerpo y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre en particular. Los actos particulares son propios del gobierno, del ejecutivo, no del soberano, el legislador. Y como el gobierno o poder ejecutivo consiste sólo en actos particulares, es apenas un agente o un ministro del legislador soberano. Ahora los actos particulares que da el gobierno deben ser solamente una "aplicación de la ley", son una "ejecución de la voluntad general". Por lo tanto el gobierno recibe del soberano las órdenes que da al pueblo. Como decíamos teniendo en cuenta que el gobierno es un mero agente, es indistinta la forma de gobierno que se adopte. Es así como Rousseau señala que se llama pues república a todo estado regido por leyes, bajo cualquier forma de administración. (Strasser 1990)

Ahora esta lógica que nos presenta el Contrato Social, no lo es tanto en la realidad. La aplicación de la ley por el gobierno es un acto particular, pero el cual está dotado muchas veces de una gran discrecionalidad. Muchas veces existe por parte del gobernante al momento de aplicar la ley, una interpretación de la misma, que puede ser influenciada por distintos factores. Al interpretar la ley el gobernante se apropia de la idea de interpretar "que es la voluntad general" para el caso concreto. Esto Rousseau no se lo cuestiona, no se detiene en ello. El plantea un sistema en el cual la lógica funciona a la perfección, de manera automática. Vemos entonces como ya en la misma teoría comienza a plantearse el germen de la democracia representativa. Si existe representación en el ejecutivo y este aplica la voluntad general al caso particular, está tomando su propio criterio

de interpretar "cuál es la voluntad general". En definitiva la democracia posible tiene la forma del gobierno representativo, inevitablemente.

Dejando por sentado lo anterior es necesario analizar cuál es la representación posible en un gobierno democrático. Y es así que Strasser distingue tres tipos de representación: la fiduciaria, la especular o sociológica y el mandato. (Strasser 1990)

En el mandato más que hablar de representación debemos hablar de delegación, ya que este es un mero agente al que se le dan instrucciones precisas, sin tener la posibilidad de apartarse de las mismas. Strasser inapropiadamente lo coloca en la categoría de representante, pero en realidad no lo es. El mandato es más una relación de derecho privado que de derecho público. ¿Cuál es el problema que presenta el mandato? Que no pueden darse instrucciones precisas de todo lo que se va a hacer. Resulta imposible instruir a un mandatario en todos los aspectos y las circunstancias de uno y mil asuntos como son los del gobierno del estado, aun si hubiesen sido previsibles. Si bien Rousseau pedía por plebiscitos y asambleas lo más regulares posibles, era consciente de que resultaba imposible mantener al pueblo constantemente convocado. Sobre este punto Robert Dahl sostiene que para peor estas causas de sólo relativa y contingente aplicabilidad de la democracia directa y la democracia por mandato, están potenciadas por la propia indiferencia del ciudadano común respecto de los asuntos públicos. Es así como al final de cuentas, la democracia por mandato no es sino en fin una forma de la democracia directa. (Dahl 1999)

Otro tipo de representación es la llamada sociológica o identitaria por medio de la cual los ciudadanos eligen como representante a alguien del sector al cual pertenecen. Esta representación tiene el problema de que tiende a ser sectorial y no general como debería ser. Por ejemplo un agricultor puede ser elegido por sus pares, por el hecho de verse representados por alguien igual a ellos. Pero esto no garantiza de ninguna manera una subrogación fiel de sus electores. Existe la "esperanza" de que por ser igual, vaya a representar adecuadamente a los votantes, pero no hay ninguna garantía de que eso vaya a suceder.

Y la tercer forma de representación es la llamada fiduciaria por la cual un representante actúa en nombre de los ciudadanos, pero tomando decisiones generales. Por parte del pueblo existe solamente un acto de fe. La confianza en que el representante lo haga adecuadamente. Pero quien gobierna en

definitiva es "el representante" no el pueblo. Esta tercera forma que es la que tradicionalmente conocemos es la única representación democrática posible en palabras del autor. Edmund Burke en su "Discurso a los electores de Bristol", señala lo siguiente:

"El Parlamento no es un Congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una Asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad.⁶ Burke dejaba bien sentado en este discurso que si bien él se postulaba como candidato por el distrito de Bristol, una vez elegido era Congresista de "toda la Nación". En este aspecto coincide con Rousseau, en que el gobierno se debe al interés de la totalidad.

Pero el problema de la democracia posible no termina señalándola como un gobierno representativo y fiduciario, sino que además posee una naturaleza mixta. Esta es una vieja categoría de la teoría política que viene desde los tiempos de Polibio, pasando por Aristóteles y Montesquieu. Para Polibio las ventajas que presentaba el gobierno mixto es que el mismo tenía partes de las tres mejores formas de gobierno. Para él las mejores formas eran la monarquía, la aristocracia y la democracia. Al tener partes de las tres formas, el gobierno mixto tendía a ser más estable, y utiliza como ejemplo apologético la República de Roma. La parte monárquica estaba representada en el Consulado, la parte aristocrática en el Senado y la parte popular o democrática en el Tribuno de la plebe. Modernamente existe la tesis de que la democracia actual es una poliarquía con lo cual se acerca a estas posturas clásicas del gobierno mixto. En ella aparecen hoy al igual que en los tiempos en que escribían Platón y Aristóteles una mezcla de democracia y oligarquía, como así también la burocracia, la tecnocracia, la partidocracia y el corporatismo. *"Todas y cada una de ellas constituyen tipos definidos de gobierno, y están copresentes en la democracia, conforman lo que se llama la democracia".*⁷ El autor señala con respecto a la oligarquía que dentro de los partidos políticos de masas se constituyen ciertas elites cerradas que conforman oligarquías y que son quienes toman

⁶ Strasser Carlos. Para una teoría de la democracia posible. Primera parte. Grupo editor Latinoamericano. Pág. 64

⁷ Strasser Carlos. Para una teoría de la democracia posible. Primera parte. Grupo editor Latinoamericano. Pág. 73

las decisiones. Es casi como lo que dice Michels al referirse a la llamada "Ley de hierro de la oligarquía" en la cual tomaba por objeto a las organizaciones presumiblemente más propensas a un orden democrático como son los sindicatos obreros y los partidos socialdemócratas. Michels señalaba que es la organización la que da nacimiento a la dominación de los elegidos por sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre quienes delegan. Quien dice organización dice oligarquía. (Strasser 1990)

Finalmente como conclusión puede decirse en coincidencia con el autor citado que a los fines de valorar debidamente a la democracia como sistema de gobierno y de no caer en el peligro de las idealizaciones, debe concluirse con que la democracia posible reviste como características esenciales el de ser representativa, fiduciaria y mixta.

4) DEMOCRACIA E IGUALDAD

Históricamente la democracia tuvo dos significados preponderantes, según que se tenga en cuenta el conjunto de reglas cuya observancia es necesaria con el objeto que el poder político sea distribuido efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos, o el ideal en el cual un gobierno democrático debería inspirarse que es el de igualdad. Esta distinción es la que sirve de base para hablar de democracia formal y democracia sustancial, la democracia de gobierno "del pueblo" y la democracia como gobierno "para el pueblo". En la teoría democrática estos dos ideales solo se encuentran entrelazados en la teoría de Rousseau en la que el ideal igualitario se encuentra en la formación de la voluntad general. No obstante los dos significados ser igualmente válidos, el que se relaciona con la formación del Estado liberal es el primero. El segundo significado el de la "igualdad" ha generado múltiples debates, razón que ha generado desde este punto de vista el problema de la relación entre la libertad y la igualdad. Libertad e igualdad son valores antitéticos por los cuales no se puede realizar uno sin limitar fuertemente el otro.

Ambas tienen concepciones diferentes del hombre y de la sociedad. Individualista, conflictiva y pluralista la liberal; y totalizante, armónica y monista la igualitaria. Para el igualitario el fin principal es el desarrollo de la

comunidad en su conjunto, aun a costa de disminuir la esfera de libertad de los individuos. Sartori señala que las únicas formas de igualdad que no solo son compatibles con la doctrina liberal sino que es exigida por esta son: la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos. Los instrumentos en los cuales ambas se encuentran reflejadas son: en el caso de la primera, las constituciones francesas de 1791, 1793 y de 1795, como así también la enmienda XIV de la Constitución de EEUU en su artículo primero que asegura a cada ciudadano la protección equitativa de la ley. En lo que respecta a la igualdad de derechos la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala que: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. La igualdad de derechos implica el disfrute equitativo por parte de los ciudadanos de algunos derechos fundamentales que están garantizados en la constitución. Por su parte la Declaración de la Independencia Norteamericana de 1776 anuncia: "sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad". Muchos han criticado de hipocresía a la Declaración de la Independencia cuando habla de que "todos los hombres son creados iguales", porque no condice con la situación que en esos tiempos vivía gran parte de la población. Existían esclavos, del cual el mismo Thomas Jefferson era propietario, negros liberados, y aborígenes que eran excluidos de gozar de los derechos inalienables que los mismos patriotas proclamaban. Inclusive se estima que a un cuarenta por ciento de los hombres libres, les era negado el derecho al voto. Por otra parte se critica que no se ha tenido en cuenta que existen desigualdades naturales entre los hombres. En realidad señala Dahl, los autores de la Declaración de la Independencia, no han ignorado las desigualdades naturales entre las personas. Lo que han tenido en cuenta es que existe una igualdad intrínseca entre los seres humanos, por su condición de tales. Existen múltiples razones que llevan a aceptar este principio de la igualdad intrínseca: por una parte motivos éticos y religiosos, en los cuales las distintas religiones conciben que todos somos hijos de Dios. Por otra parte no existe un principio alternativo superior a este. Si un grupo pretende arrogarse mayores derechos basados en una superioridad intrínseca respecto del resto de sus conciudadanos, seguramente traería

aparejado muchos problemas. Razones de prudencia también aconsejan a la adopción de este principio (Dahl 1999)

Rousseau concibe en la especie humana dos tipos de desigualdad: una natural o física, establecida por la naturaleza y que se manifiesta en las diferencias que existen entre las personas en razón de su edad, salud, cualidades del espíritu y del alma, otra moral o política la cual depende de una suerte de convención y se halla establecida o al menos autorizada por el consentimiento de los hombres. En virtud de este tipo de desigualdad es que existen ricos y pobres y personas más o menos poderosas que otras. En esa obra procura explicar “por medio de que encadenamiento prodigioso el fuerte pudo servirse del débil y el pueblo a aceptar una tranquilidad ideal a cambio de una felicidad real. Para Rousseau la redención a todos estos males de la sociedad se corregían en el Pacto Social en donde cada uno al unirse a todos, y no obedeciendo a nadie en particular, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Es así como surge la noción de “voluntad general”.

Kelsen sostiene que si bien la democracia se define en primer lugar por el principio de la libertad existe vinculación con el concepto de igualdad. Históricamente la lucha por la democracia es la lucha por la libertad política. (Kelsen 1977). Todos los individuos deben tener igual valor político, con lo cual a la idea de libertad cabe agregar la de igualdad para la libertad, que se da en instituciones como el sufragio universal, y la igualdad de derechos y oportunidades.

Un aspecto que se plantea en la doctrina es el referido a la igualdad política, es decir el argumento de que si bien se da por cierto que todos los ciudadanos son iguales intrínsecamente como fuera señalado, deben remitir a un grupo de expertos el manejo de los asuntos públicos en razón de los mayores conocimientos que poseen sobre cuestiones de gobierno. Este ha sido para Dahl, el principal enemigo de las ideas democráticas. Sobre este aspecto señala el autor citado que una cosa es que los cargos públicos busquen la ayuda de expertos para decidir sobre la adopción de una determinada ley o política y otra muy distinta es cederle a una determinada elite política el poder de decidir lo que luego estaremos obligados a obedecer. Por otra parte delegar la toma de decisiones a un grupo de expertos implica desconocer que la acción de gobierno no es una ciencia exacta como la química o la física, ya que a menudo las decisiones

importantes requieren de un juicio ético en donde se tengan en cuenta factores como la justicia, la equidad, el bienestar, elementos que escapan de un "análisis científico".

Otro factor a tener en cuenta es la posibilidad de que ese grupo de expertos que poseen acabados conocimientos sobre la acción de gobernar acaben corrompiéndose al gozar de un poder absoluto y sean proclives a abusar de él. Que las personas pueden corromperse al gozar de poder es algo que desde siempre ha sido planteado en la teoría.

Finalmente Robert Dahl señala como conclusión que: "entre adultos, ninguna persona está tan definitivamente mejor cualificada que otras para gobernar como para dotar a cualquiera de ellas de autoridad completa y final sobre el gobierno del Estado."⁸

5) LIBERALISMO Y DEMOCRACIA

Una de las principales identificaciones que encontramos en la teoría democrática es la que existe entre liberalismo y democracia, a tal punto que hoy no serían concebibles Estados liberales que no fuesen democráticos, ni Estados democráticos que no fuesen liberales. Esta identificación se da porque precisamente el Estado liberal actual es el que garantiza los postulados de un régimen democrático. Si bien hoy esta idea se encuentra extendida a lo largo del mundo, durante un largo periodo histórico estas no coincidían. Por ejemplo en EEUU al momento de organizarse en un Estado y declarar su Independencia, no se tomaba a la democracia precisamente como modelo a seguir. Estos autores hablaban de "Republica" y no de "democracia" en la organización del país del Norte, no obstante los derechos que se pretendían asegurar eran los que hoy garantizan los gobiernos democráticos y liberales. En la declaración de la Independencia de 1776 los autores anunciaron: "sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad".⁹ El país del Norte hoy se caracteriza por ser

⁸ Dahl Robert. La democracia: Una guía para los ciudadanos. Editorial Taurus Madrid. Año 1999. Pág. 87

⁹. Dahl Robert. La democracia: Una guía para los ciudadanos. Editorial Taurus Madrid. Año 1999. Pág. 73.

liberal y democrático, pero en ese momento tal identificación no existía. Bobbio señala que hoy todos los Estados nacidos de las revoluciones liberales son democráticos y solamente los Estados democráticos protegen los derechos del hombre: todos los Estados autoritarios del mundo son a la vez antiliberales y antidemocráticos.¹⁰

Mucho se ha hablado sobre las características que tiene el liberalismo como ideología, y al respecto Hayek define como características esenciales del liberalismo las siguientes: primero una concepción individualista del universo social, conjugada con la creencia en el orden espontáneo de las acciones individuales, segundo la idea de la libertad negativa como libertad del individuo contra el Estado y por último la teoría del Estado mínimo, como aquel que no tiene otra tarea esencial además de la protección de la máxima libertad negativa para todos los individuos.

Kelsen en su análisis sobre la vinculación entre “democracia” y “liberalismo”, señalaba que un principio vital de la democracia es pues, no la existencia de un liberalismo económico, pero si la garantía de las libertades: libertad de pensamiento y de prensa, libertad de cultos y de conciencia; afirmación del principio de tolerancia y, sobre todo, libertad de la ciencia, juntamente con la fe en la posibilidad de su objetividad. (Bobbio 2000). Para este teórico la idea de democracia, coincide con la de liberalismo político, desde que este es el que garantiza la existencia de libertades fundamentales. Kelsen contrapone el Estado liberal con la autocracia. Señala claramente que el Estado liberal es aquel cuya forma es la democracia, porque la voluntad estatal u orden jurídico es producida por los mismos que a ella están sometidos. (Bobbio 2000). Frente a esta forma se halla el Estado antiliberal o autocracia, porque el orden estatal es creado por un señor único, contrapuesto a todos los súbditos, a los que se excluye de toda participación activa en esa actividad creadora.”

Sostiene Bovero que si bien democracia y liberalismo coinciden mayormente, existe una diferencia conceptual básica entre ambos. Mientras liberalismo es una doctrina política o una ideología, cuya finalidad distintiva es la de limitar el poder político en relación con los ámbitos de libertad individual; la democracia es una forma de gobierno cuya característica

¹⁰ Bobbio Norberto. Liberalismo y democracia. Fondo de cultura económica. México. 2000
Pág. 48

esencial y distintiva es la de distribuir el poder político entre el mayor número de sus destinatarios. (Bovero 2002). Por este motivo debe quedar en claro que se puede pretender limitar el poder sin distribuirlo, como así también pretender distribuir el poder sin limitarlo. Es así como lógicamente se puede ser liberal sin ser democrático o bien ser democrático sin ser liberal (Bovero 2002). No obstante el autor concluye que hoy no podría un Estado ser democrático sin ser liberal, pero si podría un Estado ser liberal sin ser democrático. La evolución del pensamiento democrático ha conducido a la convicción de que sin consagrarse las grandes libertades de los modernos liberales, como son la libertad personal, la de opinión, la de reunión y la de asociación, la democracia es solo aparente, por lo tanto es sumamente necesaria la relación entre democracia, con los derechos liberales de libertad individual.

Bovero manifiesta que el término liberal muchas veces carece de precisión en cuanto a su alcance. Esta noción vaga ha dado lugar a que bajo la idea de liberalismo queden abarcados tres componentes, como son: los derechos de libertad individual, derechos de participación política y derechos sociales. Se pregunta cual tipo de liberalismo puede ser compatible con la democracia y si es posible conjugar en el término liberalismo ciertas reivindicaciones de justicia social. En primer lugar sostiene que la idea de un liberal- socialismo es contradictoria con la noción de liberalismo. El liberalismo se interesa por la justicia conmutativa, y no por la justicia distributiva conocida también como justicia social. Hayek sostiene que no existen principios de justicia distributiva reconocidos universalmente, ni es tampoco posible deducirlos. Por otra parte en lo que respecta a la vinculación que algunos realizan entre libertad de mercado y democracia, sostiene que ambas ideas también son incompatibles, desde que de la constatación empírica puede concluirse que en muchas ocasiones ha existido libertad de mercado mientras se encontraba ausente la democracia. Como fuera señalado supra, la única vinculación necesaria que existe entre liberalismo y democracia, es la de los derechos de libertad individual. (Bobbio 2000)

Chantal Mouffe señala que la democracia liberal moderna es el resultado de la articulación de dos tradiciones diferentes: por una lado el liberalismo político (imperio de la ley, separación de poderes y derechos individuales) y, por otro, la tradición democrática de la soberanía popular. Lo que

caracteriza a la democracia liberal moderna y la distingue de la antigua es la aceptación del pluralismo. Según la autora en el pluralismo la "diferencia" es la condición de la posibilidad del ser. (Mouffe 2003)

Analizando la citada autora la posición del liberalismo de John Rawls, sostiene que este autor afirma la existencia de unos principios de justicia que son creados por el legislador, tras un "velo de ignorancia", una situación por la cual no entran a considerarse ciertos elementos particulares pertenecientes a cada sector de la sociedad, tales como sexo, raza, fuerza física etcétera. Estos principios han sido expresamente designados para obtener el apoyo razonado de ciudadanos que sostengan doctrinas generales aunque en conflicto. Sostiene Rawls que estos principios generales permiten obtener un acuerdo general en el ámbito político, dejando distintas doctrinas controvertidas relegadas al ámbito de lo privado. A este consenso alcanzado en lo político en base a estos principios generales, Rawls lo denomina "consenso razonable", el cual solo podría ser desestabilizado a través de un "consenso no razonable" provenientes de sectores irracionales. El concepto de justicia desde este punto de vista es algo que reconocen de forma compartida los ciudadanos razonables y racionales que actúan conforme a sus mandatos. Es probable que estos ciudadanos tengan diferentes conceptos acerca de lo "bueno", pero esas son cuestiones estrictamente privadas y no interfieren con su vida pública. Chantall Mouffe afirma que esto es una forma indirecta de afirmar que las personas razonables son aquellas que aceptan los fundamentos y los principios del liberalismo y las no razonables son las que se oponen a ellos.

Lo que esta concepción de sociedad bien ordenada de Rawls, estructurada en base a estos principios razonables de lo político tiene como meta, es la eliminación de la lucha democrática entre adversarios, es decir entre personas que comparten principios liberales democráticos pero sostienen distintas interpretaciones sobre ciertos aspectos como son la libertad o la igualdad. Para la autora esta "utopía liberal" parte de una concepción errónea acerca de lo político. Elimina la confrontación agonística en la sociedad, estructurándola en base a un acuerdo racional sobre principios de justicia. A esto es lo que se le denomina un "pluralismo razonable". De esta manera el criterio de la racionalidad y la moralidad

proporcionan la clave para resolver la "paradoja del liberalismo": como eliminar a sus adversarios y seguir siendo al mismo tiempo neutral.¹¹

Para Chantall Mouffe, este criterio liberal, lejos de asegurar una sociedad mejor, pone en grave peligro la democracia, porque resulta difícil sostener una sociedad en la cual pretendan borrarse los antagonismos. Al querer eliminarlos puede que estos lleguen a incrementarse. Presentar a las instituciones democráticas como el resultado de un proceso puramente racional, en el cual existe un pluralismo absolutamente reconciliado es poner en riesgo el proyecto democrático. (Mouffe 2003)

La autora partiendo de la base teórica que brinda el posestructuralismo, nos presenta su proyecto de "democracia radical" y plural, en la cual es la diferencia la condición para construir la unidad y al mismo tiempo esa diferencia es la que establece los límites esenciales de dicha unidad y totalidad. Considera que en una organización política democrática, los conflictos y las confrontaciones, lejos de ser un signo de imperfección, indican que la democracia está viva y se encuentra habitada por el pluralismo. (Mouffe 2003)

El antagonismo resulta fecundo para el progreso de una sociedad, y en este aspecto se destacan el pensamiento de Humboldt y Kant. Para estos autores el antagonismo es una condición necesaria para el progreso moral y técnico de una sociedad, el cual se genera justamente por la contraposición de opiniones e intereses diferentes.

Salvadori nos da por su parte definiciones de democracia y de libertad y consecuentemente de democracia liberal. "Libertad es la libre elección, la decisión propia de cada individuo respecto a la marcha de su acción. Democracia es la organización de la libertad, las instituciones mediante las cuales se realiza la libertad de los miembros de la comunidad políticamente organizada. Democracia liberal "es la expresión correcta para designar la democracia como organización de la libertad; su rasgo importante es el modo como libertad e igualdad están entrelazadas".¹²

Como sostenedor ferviente de la democracia liberal, este autor piensa que la libertad es propia del hombre, que solo ella puede garantizar la

¹¹ Mouffe Chantall. La paradoja democrática. Editorial Gedisa, Madrid. Año 2003. Pág. 47

¹² Salvadori Massimo. Democracia liberal. Editorial índice. Buenos Aires. 1970. Pág. 12

supervivencia de la humanidad, y, también, que libertad no es lo mismo que armonía dentro de una Nación, ni sinónimo de paz entre las naciones, ni de independencia nacional, ni de autonomía en el seno de grupos mayores, ni de prosperidad, ni de seguridad, ni tampoco de progreso. La libertad trae a su entender diferenciación y división, y la democracia liberal, tolerando las diferencias y la oposición, implica un procedimiento por el cual se asegura la convivencia pacífica.

Finalmente Rosetti resume las causas fundamentales de las crisis y decadencia de la democracia liberal clásica señalando las siguientes: 1) Su carácter neutral, ya que un auténtico liberal debe permitir todas las opiniones, aún aquellas que buscan su propia destrucción, 2) su carácter de indiferente a los problemas sociales. Para el autor el *laissez faire* implica un arreglárselas cada uno como pueda, o un sálvese quien pueda, 3) Su realización en el plano exclusivamente político y no social lo cual ha transformado a la democracia en una "partidocracia", 4) Deficientes sistemas de representación que hacen que el pueblo no esté auténticamente representado y 5) La búsqueda de un mejoramiento institucional ha buscado muchas veces soluciones meramente técnicas muy a menudo teóricas e impracticables. (Rossetti 1983)

6) CONDICIONES A CUMPLIR POR UN REGIMEN DEMOCRATICO Y VENTAJAS DEL MISMO

Sobre las características que debe cumplir un régimen democrático para ser considerado tal se han dado por los autores múltiples definiciones. Es por ello que a los fines de establecer un orden y poder tener en cuenta las condiciones que debe cumplir una democracia para ser considerada tal, Robert Dahl, elaboró una clasificación de condiciones democráticas, echando luz sobre un tema del cual mucho se ha hablado. Para este autor es necesario que una democracia cumpla con ciertos criterios para ser considerada como tal.

El primero de ellos es una participación efectiva. Al hablar de esta se está haciendo referencia a la posibilidad de los distintos sectores de hacer

conocer su punto de vista antes que se adopte una determinada decisión política. (Dahl 1999)

Otro criterio es la igualdad de voto. Cuando llegue el momento de adoptarse una decisión sobre la política, todo miembro debe tener una igual oportunidad de votar y todos los votos deben contarse como iguales. (Dahl 1999)

Comprensión ilustrada: Según este criterio dentro de límites razonables de tiempo, todo miembro debe tener oportunidades iguales y efectivas de instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles. (Dahl 1999)

Control de la agenda: Los miembros deben tener la oportunidad de decidir que asuntos deben ser incorporados a la agenda. Siempre debe existir la posibilidad de introducir cambios en la agenda. (Dahl 1999)

Inclusión de los adultos: Todos o al menos la mayoría de los adultos que son residentes permanentes deben tener los plenos derechos de ciudadanía que están implícitos en los cuatro criterios anteriores. (Dahl 1999)

Todos estos criterios son importantes en la medida de que en un determinado Estado los ciudadanos gocen de iguales derechos políticos. Pero si a los miembros de la comunidad se les da un tratamiento diferente en razón por ejemplo de la cantidad de bienes que cada miembro posea, o se reducen las posibilidades de discutir la agenda, no se satisfacen los criterios democráticos y nos encontraremos con un gobierno que o no es democrático o bien posee una democracia de baja calidad.

Robert Dahl consciente de que la democracia es un régimen que no es perfecto ni mucho menos sostiene que "sería un grave error esperar demasiado de cualquier gobierno, incluso de un gobierno democrático. La democracia no puede garantizar que sus ciudadanos serán felices, prósperos, saludables, sabios, pacíficos o justos. Alcanzar estos fines está mas allá de la capacidad de cualquier gobierno, incluido un gobierno democrático. Es más "en la práctica la democracia nunca ha llegado a alcanzar sus ideales"¹³. Luego el autor señala las ventajas que presenta un régimen democrático como: el ayudar a evitar el gobierno de autócratas crueles y depravados, el garantizar a sus ciudadanos una cantidad de

¹³ Dahl Robert. La democracia: Una guía para los ciudadanos. Editorial Taurus Madrid. Año 1999. Pág. 72

derechos fundamentales que los gobiernos no democráticos no garantizan ni pueden garantizar, el asegurar a los ciudadanos un ámbito de libertad personal mayor que cualquier alternativa factible a la misma, el ayudar a las personas a proteger sus intereses fundamentales, el brindar a las personas la libertad de auto determinarse, el brindar la oportunidad para ejercitar una responsabilidad moral, el promover el desarrollo humano, el fomentar un alto grado de igualdad política, el hecho de que las democracias representativas modernas no se hacen la guerra entre sí, y el hecho de que los gobiernos democráticos tienden a ser más prósperos que los países con gobiernos no democráticos.

Esto lleva a concluir en que la democracia si bien dista de ser "perfecta" porque no puede dar la solución a todos los problemas que la sociedad presenta, si puede decirse que es la mejor alternativa posible.

7) CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha analizado los cambios que ha experimentado la idea de democracia a lo largo del tiempo, desde la democracia antigua en la cual el ciudadano participaba directa y activamente en los asuntos de la polis, hasta la concepción dominante sobre la democracia actual que reviste una serie de características muy diferentes a las originarias. A lo largo del tiempo una serie de conceptos se han ido relacionando, aun cuando tienen características diferentes y no coinciden plenamente, como democracia y republica, o democracia y liberalismo. A nadie se le ocurriría pensar que la República Romana o la República Florentina fueron democráticas por ejemplo, como así tampoco se tomó a la democracia como base para la organización de los EEUU, por parte de los patriotas como Madison, Hamilton y Jay. Hoy en día vivimos en una República que está mezclada con democracia y con Estado de derecho, pero cada una no necesariamente está vinculada a la otra.

Muchas veces se ha visto que la democracia como sistema de gobierno ha sido idealizada como un sistema "perfecto" y no como el "mejor sistema", que no es lo mismo. Esas idealizaciones han jugado a la democracia quizás una mala pasada, porque pretendemos que la misma nos dé lo que en realidad no nos puede dar, porque se trata de un sistema

político que presenta muchos problemas en la práctica, problemas que ya desde la "teoría pueden advertirse". A los fines de no vernos frustrados y caer en la desilusión es conveniente tener en cuenta cuales son los caracteres que debe poseer una democracia posible.

En primer lugar se señaló que la democracia debía ser representativa y para ello fueron analizados los problemas teóricos que se presentaban en la teoría rousseauiana del Contrato Social, al cual el mismo autor lo consideraba inaplicable en la mayoría de los Estados como la Francia de su época la cual estaba signada por una gran tradición de desigualdad. Podía circunscribirse a pequeños estados que no estuvieran todavía contaminados por los males de los demás. Es imposible que el pueblo pueda congregarse por sí mismo y manifestarse en todos y cada uno de los problemas que la sociedad actual requiere resolver. Obviamente la consecuencia que ha producido este sistema representativo es la generación de una gran "apatía" por parte de los ciudadanos en lo que a los asuntos políticos se refiere.

También se señaló que la democracia posible debía ser fiduciaria en el sentido que el representante solamente obedece pautas generales por parte de los electores pero no un mandato estricto del pueblo para todos los asuntos que deben ser resueltos. Se ha dicho en innumerables oportunidades que en realidad de esta manera quien gobierna es el representante y no el representado quien en la mayoría de las oportunidades no representa la voluntad de los electores. La gente a veces percibe que su representante ha traicionado su confianza. Será entonces necesario crear los mecanismos institucionales para que el pueblo se pueda "cobrar esa traición".

Rousseau sostenía que cuando el pueblo es representado pierde su libertad, se convierte en esclavo, y solo es libre en el momento de votar. Quizás esto sea verdad, pero no hay otra democracia posible. Queda como solución y como última garantía, la estricta vigilancia realizada por el pueblo tal como lo decía Madison. Siempre existe la posibilidad de que el elector revoque al representante el voto de confianza que le ha otorgado y se le otorgue a otro. En algún punto debemos ser electores más atentos, ciudadanos más vigilantes.

Siempre es necesario tener en cuenta que la democracia presenta muchos problemas los cuales hacen que la misma no sea un régimen perfecto. Pero es el mejor sistema posible, lo cual ha sido descrito en las

ventajas que la democracia presenta respecto de otras alternativas existentes. No debemos despreciar el funcionamiento de la democracia política, porque si analizamos la realidad, la mayoría de las instituciones que existen en la sociedad, no son democráticas. Los ciudadanos no tenemos participación en la toma de decisiones de la mayoría de las instituciones sociales.

Aun cuando queda reducida la participación ciudadana al acto mismo de votar, queda en nosotros la responsabilidad de ejercer un control sobre quienes nos gobiernan y retirar el voto de confianza a aquellos que nos representan cuando no han cumplido con nuestras expectativas.

8) REFERENCIAS

1) Bobbio Norberto. 2000. Liberalismo y democracia. Fondo de cultura económica. México.

2) Bovero M. 2002. Una gramática de la democracia. Editorial Trotta Madrid.

3) Dahl Robert. 1999. La democracia: Una guía para los ciudadanos. Editorial Taurus Madrid.

4) Foustel De Coulanges. Numa Denis. 1997. La Ciudad Antigua. C.S Ediciones Buenos Aires.

5) Hamilton, Madison y Jay. 1994. *El Federalista* (Nº 10), Fondo de Cultura Económica. México.

6) Kelsen, Hans. 1977. "Esencia y valor de la democracia", Punto Omega Guadarrama. Barcelona.

7) Madison James. 2005. *República y Libertad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

8) Mouffe Chantall. 2003. La paradoja democrática. Editorial Gedisa, Madrid.

9) Rosetti Alfredo C. 1983. El problema de la democracia. Universidad Nacional de Córdoba.

10) Salvadori Massimo. 1970. Democracia liberal. Editorial índice. Buenos Aires.

11) Sartori Giovanni. 2008. ¿Qué es la democracia? Editorial Taurus. Madrid.

12) Strasser Carlos. 1990. Para una teoría de la democracia posible. Primera parte. Grupo editor Latinoamericano.

Cita de este artículo:

ELÍAS SÁNCHEZ, G. E. (2012) "El concepto de democracia". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. Pp 131-154. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL LEASING INMOBILIARIO.

Soledad Flores

Escribana, Adjunta de la Cátedra de Teoría del Negocio Jurídico, de la carrera de Escribanía. Jefa de Trabajos Prácticos de las Cátedras Filosofía y Política de la Educación en la carrera de Lic. Ciencias de la Educación, UNLaR.

Palabras claves:

Leasing; naturaleza jurídica; modalidades; inscripción; operatoria.

Key words:

Leasing; legal nature; modalities; registration; operatory.

Resumen

Trabajo realizado en base a una investigación bibliográfica sobre el origen, conceptos generales sobre leasing, leasing inmobiliario, normativa vigente, inscripción, instrumentación y rol del escribano en la difusión de esta figura contractual.

Abstract

Work done on the basis of a literature on the origin, general concepts of leasing, real estate leasing, current regulations, registration, implementation and role of the clerk in the dissemination of this figure contract.

INTRODUCCION

El leasing es un contrato que nació en el ámbito empresarial norteamericano a mediados del siglo XX y que fue regulado en el derecho argentino en la ley 24.441 con características propias que lo hacen distinto a lo que se conoce como tal tradicionalmente.

En un principio se dudaba respecto de la posibilidad de realizar contrato de leasing sobre bienes inmuebles. Con la sanción de la ley de leasing 25.248 se despejaron las dudas, ya que contiene normas específicas que regulan el leasing inmobiliario.

En el presente trabajo se analizarán los aspectos relevantes para la instrumentación de ésta figura en nuestro derecho.

En éste sentido se estudiará el régimen normativo vigente respecto de la definición de leasing inmobiliario, su operatoria, las ventajas que ofrece sobre otros contratos, su inscripción y los elementos particulares a ser contemplados en el documento en que se instrumente.

CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE LEASING

Definición: el contrato de leasing, denominación con la que se lo conoce internacionalmente y cuyo origen es anglosajón, fue adoptado en nuestro régimen jurídico con la sanción de la ley 24.441, llamada "Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción".

El vocablo leasing deriva del verbo inglés "to lease" cuyo significado es "arrendar" o "dar en arriendo" y del sustantivo "lease" que se traduce como "arriendo" o "escritura de arriendo" (FARINA, 1999: 524).

La doctrina nacional ha intentado encontrar un término adecuado para denominar a este contrato en nuestro idioma, ya que la traducción literal al español no aclara todo lo que el contrato significa en el ordenamiento jurídico argentino. Se ha propuesto la denominación "contrato de financiación con opción de compra"; "contrato de financiación de compra en locación", "locación con opción de compra".

Sin embargo y pese a que no hay una expresión cuya traducción resulte apropiada para nuestro idioma, la palabra leasing ha logrado un lugar propio, tanto que ya casi nadie duda de su denominación.

De igual manera se han elaborado diferentes definiciones a cerca de que es el leasing; unas ponen el acento en el carácter locativo del contrato, otras en la financiación de la adquisición de los bienes, coincidiendo todas en el carácter complejo del contrato.

Eduardo Barreiro Delfino lo define como:

Una típica operación de financiamiento de mediano o largo plazo que se materializa entre una empresa prestadora (entidad o sociedad fabricante, proveedora o vendedora de bienes de capital) y una empresa comercial, industrial o de servicios interesada en incorporar, renovar o modernizar sus equipos productivos e instalaciones en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad. (SOLIGO SCHULER, 2008: 21).

Ha sido definido por Abatti como:

...contrato de locación especial por el cual el locatario solicita al locador que ponga a su disposición un determinado bien capital previo escogido, a cuya finalización el locatario podrá hacer uso de una opción de compra del bien pagando un valor residual previamente fijado, o solicitar la sustitución por otro nuevo o más moderno, o continuar la locación de aquel, con la consecuente variación de alquiler, si así se hubiere estipulado. (BERRO MADERO, 2004: 8).

Por su parte la jurisprudencia nacional destacó que el leasing "constituye una acto jurídico complejo integrado por dos contratos típicos que se ejecutan en forma complementaria, siendo elemento característico de este contrato la simultaneidad de ambos" (ACQUARONE - EMBON, 2004: 33).

Con la sanción de la ley del "Contrato de Leasing" 25.248, que dispuso un nuevo régimen para el leasing al derogar la regulación prevista en el Título II de la ley 24.441, el contrato ha quedado definido en el **artículo 1º: "en el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio".**

Modalidades del contrato: se han distinguido diversas clases de leasing.

Siguiendo a Acquarone-Embon, tomaremos la de mayor interés práctico:

1-Según la naturaleza del bien objeto sobre el cual recae, el leasing puede ser *mobiliario*, cuando el objeto recae sobre bienes de equipamiento industrial o empresario, muebles de importante valor económico o sobre bienes de consumo; o *inmobiliario*, cuando tiene por objeto edificios comerciales, industriales o destinados a la vivienda individual.

2-Según la función de la empresa de leasing y de acuerdo al rol que cumple, el leasing puede ser *de intermediación*, que se da cuando una sociedad de leasing tiene la función de mediar entre los proveedores, fabricantes y usuarios, facilitando la financiación de la operación para percibir la comisión; o puede ser *de ejecución* si la entidad financiera adquiere el material siguiendo las instrucciones del usuario al que luego se lo alquila.

3-Según la finalidad del contrato, el leasing puede ser *operativo*, que es aquel mediante el cual una persona cede el uso y goce de un bien que consiste en maquinarias o equipo profesional de rápida obsolescencia durante un tiempo determinado más breve que la obsolescencia, sin intermediación financiera y se agrega una opción de compra; leasing *de retro*, es aquel por el cual una empresa vende todos los bienes que componen su activo a la sociedad dedicada a la realización de estos contratos, la que a su vez, le entrega los mismos bienes a la sociedad que se los vendió, comprometiéndose esta última a abonar un canon por la utilización y con la opción de compra de los bienes; y leasing *financiero*, es la modalidad en la que el dador actúa como intermediario financiero, por lo cual se obliga a adquirir determinados bienes por el seleccionados o que selecciona el adquirente, con el propósito de celebrar con ellos contrato de leasing. Así el tomador se dirige al dador (sociedad leasing) para que adquiera determinados bienes que ha seleccionado y cuya condición de compra ha acordado previamente con el proveedor (fabricante o dueño del inmueble) y que les serán otorgados en uso por un plazo determinado contra el pago de cánones periódicos. Al vencimiento del contrato el dador le otorga al tomador la opción de adquirir el bien por un precio establecido en el mismo,

prorrogar el contrato o devolver el bien al dador (ACQUARONE – EMBON, 2004: 36 / 45).

LEASING INMOBILIARIO

Recepción legislativa: el leasing inmobiliario se desarrolló en nuestro país como una figura atípica, recibiendo consagración legislativa con la ley 24.441, dictada en el año 1994, que dispuso en el artículo 27 inc. b que pueden ser objeto tanto cosas muebles como inmuebles. Conforme lo expresado en el proyecto de elevación del Poder Ejecutivo, el propósito gubernamental fue brindar un instrumento jurídico a las operaciones financieras que contribuyeran a solucionar el déficit habitacional existente en el país.

Antes de la sanción de la mencionada ley, la doctrina entendía que el equipamiento industrial o empresario era objetivo del contrato de leasing, por lo tanto no podía recaer sobre inmuebles.

Pese a estar contemplado normativamente, el leasing inmobiliario no resultó de la aplicación esperada. Es por ello que el Poder Ejecutivo remitió un nuevo proyecto de ley que sustituyera la ley 24.441. En el mensaje de elevación afirmaba que se buscaba expandir masivamente el contrato de leasing.

En el año 2000 se sancionó la nueva ley de leasing 25.248, quedando expresamente regulado el leasing inmobiliario al establecer que cosas pueden ser objeto del contrato en el artículo 2º que establece que “puede ser objeto del contrato cosas *muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software*, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing”. Además en el artículo 8 regula la forma e inscripción del leasing y en el artículo 20 establece los efectos del incumplimiento y ejecución del contrato. Prevé además la aplicación subsidiaria de las reglas del contrato de locación y de la compraventa, en cuanto sean compatibles.

Concepto: conforme lo manifestado por Lorenzetti, el leasing inmobiliario es una modalidad de leasing caracterizado por su objeto, es decir un bien inmueble (ACQUARONE – EMBON, 2004: 161).

En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1986), el leasing inmobiliario fue definido como

El derecho real de usar y gozar de un inmueble ajeno pagando un canon periódico, por un plazo determinado, al fin del cual el tomador titular del derecho, ejercerá o podrá ejercer la opción de compra por un valor residual inicialmente pactado, adquiriendo el dominio con la debida inscripción registral. (SOLIGO SCHULER, 2008:53).

La ley 25.248 al definir al leasing no distingue entre leasing mobiliario e inmobiliario.

Diremos entonces que el leasing inmobiliario ***“es aquel en el cual el objeto entregado por el dador al tomador es una cosa inmueble”***.

Operatoria: la doctrina ha señalado que existen distintas posibilidades respecto de la mecánica del contrato de leasing inmobiliario, a saber:

1-Una sociedad leasing o entidad financiera adquiere un inmueble a pedido e indicación de una persona, otorgándole el uso y goce con una opción de compra, contra el pago de un canon periódico.

2-Una variante puede ser que una empresa construya el inmueble en propiedad horizontal y la entidad financiera al ir otorgando préstamos a los futuros adquirentes, va adquiriendo las unidades y entregando su utilización en leasing con opción de compra. En este caso intervienen tres sujetos, el tomador del leasing, el vendedor del inmueble, quien celebrará con el dador un contrato de compraventa, y el dador, que será una entidad crediticia.

3-Otra opción es que un constructor o propietario entregue a un tercero el uso y goce de un inmueble de su propiedad contra el pago de un precio en dinero y otorgándole la opción de adquirirlo al finalizar el contrato contra el pago de un precio determinado o determinable. Hay una relación directa entre dador y tomador sin la intervención de terceros.

Los autores han distinguido dentro del leasing inmobiliario, el “leasing habitacional” para referirse a aquel que está destinado a financiar la adquisición de la vivienda, y “leasing empresarial” que es el supuesto en que el dador adquiere el inmueble para edificar instalaciones industriales y darlas en leasing (ACQUARONE - EMBON, 2004: 45).

Ventajas sobre otros contratos: numerosos aspectos positivos pueden señalarse del leasing inmobiliario respecto del contrato de compraventa y de la locación.

Cabe señalar que la compraventa tiene como función económica la transferencia de la "propiedad" del inmueble; por su parte el leasing cumple una doble función, el "traspaso del uso y goce" y la "disposición" si ejerce la opción de compra.

Tanto la locación como el leasing son medios de disponer de un inmueble para su uso y goce. En la locación, el locador cede el uso y goce de una cosa y el locatario se obliga a restituirla en las mismas condiciones en que lo recibió al finalizar el contrato. En el leasing, el dador realiza una operación de préstamo, que se exterioriza con la entrega de un inmueble al tomador para que este lo use y, eventualmente, pueda adquirirlo.

En el país, algunas instituciones bancarias ofrecen como una alternativa al crédito hipotecario y como instrumento de financiación, el leasing inmobiliario.

Puesto en práctica en el mercado actual, el leasing inmobiliario ofrece las siguientes ventajas:

- Permite la adquisición o renovación de inmuebles a quien no está en condiciones de hacer frente a la compraventa con sus propios medios o por los tradicionales canales de financiación.
- Admite el 100% de la financiación, a diferencia de la compraventa que se financia por porcentajes.
- Para comenzar con el uso y goce del bien inmueble no hace falta disponer de grandes sumas de dinero en concepto de adelantos.
- El tomador desembolsa al formalizar el contrato únicamente la cuota del leasing y los gastos de su instrumentación.
- Utilidad del canon como parte de pago del precio total.
- No afecta las posibilidades de recurrir a otras fuentes de crédito, por lo que se mantiene intacta la capacidad de endeudamiento del cliente.
- El acceso al crédito es más simple.
- La financiación queda garantizada por la propiedad misma del inmueble que se facilita, la que queda en cabeza del deudor y no requiere el refuerzo de garantías.
- Ante la falta de pago de los canones, el desalojo procede en un plazo breve.
- Permite imputar como gastos de explotación el gasto correspondiente a los compromisos de pago periódicos contraídos.

- Durante el período de administración del contrato no se computa el inmueble facilitado en la valuación del activo de la empresa para la liquidación del gravamen sobre el capital.
- Al tomador no se le computa el inmueble en leasing para el impuesto sobre los bienes personales, al no ser de su propiedad.

Por lo señalado el leasing inmobiliario se presenta como un instrumento eficaz para impulsar la promoción de la vivienda, que con el desarrollo de nuevos mecanismos, especialización de los oferentes, un adecuado tratamiento impositivo y una mayor difusión entre inversores y demandantes puede contribuir a la solución de uno de los grandes problemas de la sociedad.

Inscripción: a-Naturaleza jurídica del derecho conferido: uno de los aspectos más cuestionados es el referido a la inscripción del leasing inmobiliario, planteándose el interrogante acerca de qué tipo de derecho se genera en cabeza del tomador, pues la postura que se adopte incidirá necesariamente en la registración.

Se han formulado diferentes teorías acerca de cuál es la naturaleza jurídica del derecho conferido por el leasing inmobiliario: siguiendo la clásica división de los derechos patrimoniales, una postura señala que es un derecho personal y otra que es un derecho real; una tercera posición sostiene que se trata de una situación intermedia entre ambos.

1-Derecho personal: ésta postura sostiene que el tomador del leasing adquiere un derecho personal de uso y goce sobre el inmueble transferido. No se da una relación directa entre el tomador y la cosa, sino a través de la relación que existe con el dador.

Señala que la ley 25.248 establece como supletorias las normas del contrato de locación y que éste regula derechos personales. Por otra parte sostiene que la citada ley en su artículo 1º dice que el dador transfiere la "tenencia" de un bien cierto y determinado, por lo que si el tomador fuera titular de un derecho real la ley hubiera atribuido la posesión del bien y no la tenencia.

2-Derecho Real: quienes proclaman esta teoría sostienen que el tomador del leasing adquiere un derecho real sobre el inmueble, consistente en el uso y goce de la cosa ajena.

Esgrimen como argumento que los derechos reales sobre los inmuebles se caracterizan por su oponibilidad erga omnes, cuya expresión típica es la inscripción registral en el registro correspondiente, situación que se da en el leasing inmobiliario.

3-Situaciones intermedias: existe una tercera posición que sostiene que entre los derechos personales y los reales hay situaciones intermedias que señalan los "ius ad rem" o "derechos de la cosa", expresión que designa el derecho que tiene por correlato la obligación de dar ciertas cosas para transferir el dominio o constituir derechos reales.

El derecho emergente de la opción de compra en el contrato de leasing inmobiliario consiste en una situación intermedia entre el derecho real y el derecho personal que puede calificarse como "prerrogativa mixta", ya que su objeto consiste en una conducta por parte del dador y la oponibilidad de su relación jurídica correspondiente, es absoluta (SOLIGO SCHULER, 2008: 177).

En acuerdo a lo sostenido por el despacho unánime del Tema II de las XXXIII Jornadas Notariales Bonaerenses, se considera que el contrato de leasing inmobiliario es un "derecho personal con vocación registral, que debidamente inscripto es oponible erga omnes".

El contrato genera a favor del tomador el derecho de exigir una determinada conducta por parte del dador, consistente en mantener el uso y goce del inmueble que se desprende de la tenencia otorgada.

Por disposición del artículo 8 de la ley 25.248 y a los efectos de su oponibilidad a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro correspondiente. La vocación registral del derecho del tomador no significa que el derecho personal se transforme en derecho real, la registración solo facilita su cognoscibilidad por parte de terceros.

b-Fundamento de la inscripción según las previsiones normativas: nuestro sistema registral inmobiliario registra principalmente derechos reales, así lo dispone el artículo 2º inciso "a" de la ley 17.801 que ordena que se inscriban los documentos que "constituyan, modifiquen, transmitan, declaren o extingan derechos reales sobre inmuebles".

Por su parte el artículo 8º de la ley 25.248 en el segundo párrafo dispone que "a los efectos de su oponibilidad a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto".

El contrato de leasing inmobiliario no recepta el nacimiento de un derecho personal sino uno real, no obstante lo cual debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, en "virtud de consignar una situación jurídica de contenido o trascendencia real y ésta, en definitiva, es la que se registra y publica" (BERRO MADERO, 2004: 8).

La inscripción del leasing inmobiliario fue recomendada por las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1986 que expresaron que "entre las modificaciones legislativas que se juzgan necesarias y de positiva utilidad en relación a la figura, cabe destacar la relativa a la publicidad, mediante la inscripción de los contratos en un registro especial para su oponibilidad a terceros".

El fundamento de la inscripción se encuentra en el artículo 2º inc. "c" de la ley 17.801 que dispone que para su publicidad, oponibilidad y demás previsiones de la ley, se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos...los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales. Este es el caso de la ley de leasing, que en los artículos 8º y 9º prevén la inscripción registral.

Por otra parte, las disposiciones provinciales, a través de las Disposiciones Técnico Registrales (DTR) regulan diferentes aspectos sobre la registración, a modo de ejemplo mencionaremos algunas:

a-Rubro en el que debe anotarse: la DTR N° 44 de Salta, en el artículo 1º dispone que cuando se tome razón de documentos que constituyan contrato de leasing se confeccionara el asiento respectivo en el rubro B del folio (gravámenes, restricciones e interdicciones); la DTR N° 6/00 de Rosario, artículo 5º ordena que registración en el Rubro 7 (gravámenes, restricciones, limitaciones, afectaciones y sus cancelaciones); de igual manera lo dispone la DTR N° 18/95 de la provincia de Buenos Aires, al expresar en el artículo 2º que el asiento respectivo deberá practicarse en el rubro "b" del folio real (gravámenes).

b-Datos a consignar: la DTR N° 18/95 de la provincia de Buenos Aires, dispone que se deben anotar los siguientes datos: apellido y nombre, DNI y estado civil del tomador y de ser persona jurídica, los datos de práctica; plazo de duración; individualización del documento y precio de la opción de compra. La DTR N° 6/00 de Rosario dispone además que se consigne el canon.

Instrumentación: en nuestro ordenamiento jurídico rige la libertad de formas, salvo el caso en que la ley establezca una determinada.

La ley 25.248 en el primer párrafo del artículo 8º dispone que “el leasing debe instrumentarse en escritura pública si tiene como objeto inmuebles, buques o aeronaves. En los demás casos puede celebrarse por instrumento público o privado”.

Esta norma determina el carácter formal del contrato de leasing, al determinar que se debe hacer por escrito, sea por instrumento público o privado.

Respecto del requisito de la escritura pública para el caso de leasing inmobiliario, en doctrina se han señalado distintas posturas. Algunos consideran que el requisito de la escritura pública no debe ser considerado como forma solemne absoluta, sino una solemnidad relativa, no así el carácter escrito que es solemne absoluto (SOLIGO SCHULER, 2004: 145). Hay quienes como Mariano Esper han cuestionado la exigencia de la escritura pública por entender que no existe ninguna razón de relevancia que la justifique, y que no es necesaria a fin de poder registrar el convenio puesto que la ley 17801, en su art. 3 prevé el acceso registral de instrumentos privados con firmas certificadas por escribano público. Otros autores consideran que al exigirse el cumplimiento de las solemnidades en miras a la eficacia del contrato, si el mismo no se celebra en la forma prevista por la ley, se operará la conversión del negocio jurídico regulada en el art. 1185, CCiv., dando cuenta de un contrato preliminar por defecto de solemnidades mediante las cuales las partes se obligarán a elevar el acto a la forma impuesta legalmente (FRESNEDA SAIEG-HERNADEZ-FRUSTAGLI, 2002:21).

Acquarone-Embon consideran la necesidad de instrumentar el leasing inmobiliario por escritura pública por contener el contrato una opción de venta irrevocable. Señalan que los incisos 1 y 8 del artículo 1184 del Código Civil al establecer que “deben ser hechos en escritura pública: inc. 1: los contratos que tuvieran por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo o alguna obligación, o gravamen sobre los mismos; inc. 8: Las transacciones sobre bienes inmuebles”. En este último inciso no se especifica que tipo, por lo que en principio, cualquier contrato con este

objeto debe celebrarse por escritura pública, salvo excepciones dispuestas por la ley (ACQUARONE-EMBON, 2004: 146).

La autora comparte lo señalado por Acquarone y Embon, y siguiendo el criterio fijado por los Registros de la Propiedad Inmueble considera que la escritura pública es necesaria para la inscripción del contrato a los fines de su oponibilidad.

Así lo han previsto las distintas disposiciones técnico registrales, que remiten al artículo 3 de la ley 17801 que impone como requisito la escritura notarial (inc. a): la DTR N° 18/95 de la de Buenos Aires y DRT N° 27/95 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresan que los documentos que constituyan leasing inmobiliario se calificaran teniendo en cuenta respecto de su forma, lo dispuesto en el artículo 1184, incs. 8 y 10 del Cod. Civil (escritura pública). La DTR N° 6/00 de la ciudad de Rosario, dispone en el artículo 2 que "Los contratos de leasing previstos en la ley 25.248 que tengan por objeto inmuebles, así como también los relativos al ejercicio de la opción de compra por parte del tomador, trasmisión del dominio y todos los actos que sean accesorios al mismo (art. 1184 inc. 10) del Código Civil) deberán instrumentarse en escritura pública (art. 8 de la ley 25.248, art. 3° de la ley 17.801 y 5° de la ley 6435).

En otras provincias, con respecto a la calificación de la forma del contrato de leasing inmobiliario fue diferente: la DTR N° 12/95, de Mendoza dispone que resulta inscribible el leasing celebrado mediante instrumento privado con firmas certificadas, sin perjuicio de que pudiera documentarse también en escritura pública. Igual criterio se adopto en la DTR N° 4/95 de Neuquén.

En una postura diferente, la DRT N° 5/98 de San Luis dispone en su artículo 1 que "Para la inscripción registral del contrato de "Leasing" las partes otorgantes deberán manifestar en ESCRITURA PUBLICA, su intención de anotación. Dicha manifestación deberá contener (art. 27): a) Relación del instrumento privado de Leasing...".

En la provincia de La Rioja, el contrato de leasing inmobiliario no se encuentra reglamentado, ya el Registro de la Propiedad Inmueble no ha dictado la disposición técnico registral correspondiente.

Elementos particulares en el esquema del contrato: la ley dispone la celebración del leasing inmobiliario en escritura pública. Siguiendo la estructura interna de la escritura, veremos los aspectos particulares a tener en cuenta en este contrato.

a-Comparencia. Sujetos: En el leasing inmobiliario deben presentarse dos partes que la ley denomina "dador" y "tomador". El dador es la persona que se obliga a entregar la cosa para su utilización percibiendo por ello una suma de dinero; puede ser una entidad financiera, una sociedad que tenga por objeto este tipo de contrato o una persona física; la ley requiere capacidad de disposición. El tomador es quien va a utilizar el bien y quien tiene la facultad de adquirirlo mediante el pago del valor residual, puede ser cualquier persona física o jurídica; la ley no establece ningún requisito especial, por lo que debe tener capacidad para adquirir y para obligarse. Deben consignarse los datos que requieren la ley de fondo, las leyes orgánicas provinciales para la comparencia de las escrituras públicas, y además todos los datos personales requeridos por las disposiciones registrales.

b-Exposición: Objeto: el bien sobre el que recae el objeto del contrato es un inmueble por lo que se debe describir en detalle los datos que surgen del título de propiedad antecedente.

En éste contrato es muy importante la entrega del inmueble y la mención de que la entrega se hace a título de tenencia y no de propiedad, ya que el titular del dominio no se desprende de la posesión.

Canon: el contrato de leasing es oneroso, y a cambio de la utilización, se debe abonar un canon mensual que debe estar identificado, cuyo monto y periodicidad se determinan convencionalmente. También forma parte de la contraprestación dineraria el valor residual, que está condicionado a que se ejercite la opción de compra y que es el precio preestablecido por el cual el tomador adquirirá el inmueble a la finalización del contrato.

Plazo: es otro elemento esencial del contrato que debe estar debidamente identificado. Se debe señalar el de utilización del bien y el de

la adquisición y en caso que no se ejerza la opción de compra, el de finalización. No hay plazos mínimos ni máximos establecidos.

Opción de compra: en un requisito que tipifica al contrato; su determinación es esencial y hace a la seguridad de las partes en la forma en la que crean conveniente. La opción de compra puede ejercerse por el tomador una vez que haya pagado tres cuartas (3/4) partes del canon total estipulado, o antes si así lo convinieran las partes.

Escrituración y entrega de posesión: las condiciones en que será escriturada y consecuentemente transferido el dominio a favor del tomador también es conveniente que sean regulados en el contrato.

c-Constancias notariales: El artículo 23 de la ley 17801 establece que:

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

Al respecto en la XXXIII Jornada Notarial de Bonaerense, Mar del Plata (2003) la mayoría expreso que no es necesario solicitar los certificados previstos en el artículo 23 de la ley 17.801, siendo suficientes el pedido de informes (artículo 27) mientras que la minoría se pronunció por la necesidad de requerir certificados registrales para la celebración del contrato. Las disposiciones técnico registrales fijan diferentes criterios: la DTR N° 6/00 de Rosario, dispone que a los efectos de la instrumentación de contrato de leasing expedirá la certificación prevista en los artículos 22 a 25 de la ley 17.801. Entendemos que no es obligación del escribano interviniente pedir el certificado registral, ya que no se configura ninguno de los supuestos mencionados en el artículo 23. No obstante quedaría habilitado a pedir la correspondiente certificación en virtud del artículo 9°

de la ley de leasing que dispone "a los efectos de la registración del contrato de leasing son aplicables las normas legales y reglamentarias que correspondan según la naturaleza de los bienes".

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto sobre los diferentes aspectos del contrato de leasing inmobiliario se puede concluir diciendo que es una modalidad del leasing caracterizada por el objeto sobre el cual recae: un bien inmueble, que ha sido receptado en nuestra legislación con características particulares que lo diferencian de la normativa extranjera y que la denominación ha adquirido carta de ciudadanía.

El leasing inmobiliario funciona como una alternativa a la adquisición de la vivienda para aquellos que no cumplen con los requisitos para acceder a crédito hipotecario. En el ámbito privado su instrumentación aparece como viable para posibilitar y apuntalar el crecimiento del mercado inmobiliario y de la construcción. Para lograr la expansión pretendida en la ley 25.248 se hace necesaria una armonización de las normas vigentes que faciliten su adecuada instrumentación y garanticen la seguridad jurídica.

El contrato de leasing inmobiliario genera en cabeza del tomador un derecho personal que tiene vocación registral; que debe ser hecha en escritura pública a los efectos de su inscripción en el registro pertinente, para una correcta protección de los derechos de las partes intervinientes y de los terceros. Respecto de la registración del contrato y dado que la ley de leasing establece la inscripción, resulta conveniente que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de La Rioja adopte las reglas pertinentes sobre la manera en que se calificaran los documentos en los que se instrumente un leasing inmobiliario.

Se finaliza señalando que el efectivo conocimiento de las normas que lo regulan, un adecuado conocimiento de sus ventajas y de su forma de instrumentación harán del leasing inmobiliario un contrato popular. Es tarea del notario difundir e impulsar la utilización de ésta novedosa figura.

BIBLIOGRAFIA

ACQUARONE, Marta T. (2010). *Derecho Inmobiliario*. Di Lalla Ediciones. Buenos Aires.

ACQUARONE, Marta T- EMBON, Leonardo G. (2004). *El leasing*. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresaria. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires.

ACUÑA, Julio E. (2001). "Leasing. Ley 25.248. Consideraciones generales". Ponencia presentada en el XIV Encuentro Nacional del Notariado Novel, Corrientes, 23 al 26 de Mayo.

BERRO MADERO, Antonio M. (2004). "El leasing inmobiliario y su inscripción registral".

DE HOZ, Marcelo A. (1995). "Modalidades de la aplicación de contratos en la comercialización de inmuebles. Contrato de leasing inmobiliario". Ponencia presentada en el XXXI Seminario Laureano Moreira, Buenos Aires, 5 y 6 de octubre.

FARINA, Juan M. (1999). *Contratos comerciales modernos*. Astrea, Buenos Aires.

FRESNEDA SAIEG, Mónica C.-HERNÁNDEZ, Carlos A.-FRUSTAGLI, Sandra A. (2002). *Leasing*. Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires.

SOLIGO SCHULER, Nicolás A. (2008). *La registración del leasing inmobiliario*. Fundación Editora Notarial, Buenos Aires.

Cita de este artículo:

FLORES, S. (2012) "El leasing inmobiliario". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. pp. 155-170.
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA PERICIA GENÉTICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL ¿PROBABILIDAD O CERTEZA?

Sebastián Félix García Amuchastegui

Palabras claves:

*Pericia, proceso penal,
ADN, rigor científico.*

Key words:

*Expertise, criminal
process, DNA, scientific
rigor.*

Resumen

Desde la antigüedad se consideró inevitable contar con la asistencia de personas que tuvieran conocimientos especiales en determinadas materias a los fines de auxiliar o de colaborar con el juez en el mejor conocimiento de los hechos sometidos a su consideración. No obstante, este auxilio no siempre estuvo acompañado por el rigor científico, tal vez, en algunos casos por el escaso desarrollo de los métodos técnicos imperantes en cierta época del derrotero histórico, como lo fue en las llamadas ordalías o juicios de Dios. El propio desarrollo de la humanidad con los adelantos de la ciencia, impuso el progreso y perfeccionamiento del proceso penal, incorporando un medio de prueba autónomo y simple como lo es la pericia. Esta evolución se patentizó, de manera puntual, en la existencia de nuevos instrumentos de gran importancia, como lo son las pericias científicas, más precisamente, la denominada pericia genética de ADN

Abstract

Since ancient times it was considered inevitable count with the assistance of persons having special knowledge in certain subjects for the purposes of auxiliary or to collaborate with the judge in the better understanding of the Facuss. However, this relief was not always accompanied by the scientific rigor, perhaps, in some cases by the underdevelopment of technical methods prevailing at certain times of the historical course, as it was in the so-called ordalias or judgments of God. The development of humanity, with the advances in science, imposed the progress and refinement of the criminal process, incorporating a means of self-test and simple as it is the expertise. This evolution was made evident, in a timely

I. Introducción

Desde antaño se consideró necesario contar con la asistencia de personas que tuvieran conocimientos especiales en determinadas materias a los fines de auxiliar o de colaborar con el juez en el mejor conocimiento de los hechos sometidos a su consideración.

Sin embargo, este auxilio no siempre estuvo acompañado por el rigor científico, tal vez, en algunos casos por el escaso desarrollo de los métodos técnicos imperantes en cierta época del derrotero histórico, como lo fue en las llamadas ordalias o juicios de Dios. Su origen se remonta a costumbres visigodas, y mediante ella se dictaminaba, atendiendo a supuestos mandatos divinos, la inocencia o culpabilidad de una persona o cosa (libros, obras de arte, etcétera) acusada de pecar o de quebrantar las normas jurídicas. Consistía en pruebas que en su mayoría estaban relacionadas con el fuego, tales como sujetar hierros candentes o introducir las manos en una hoguera. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo alguno

En ellos la valoración de la prueba estaba fundada en la ingenua idea de que la divinidad acudiría a iluminar la verdad y hacer resplandecer la justicia por intermedio de signos físicos observables, tales como el hierro candente o el agua hirviendo,¹ constituyendo la ordalía una técnica utilizada por el hombre como prueba pericial médica o judicial, para dejar al destino, al azar o a los dioses y poderes supranaturales la decisión o el derecho de juzgar los actos o conductas de los hombres. (Vélez Mariconde, 1986:352).

El propio desarrollo de la humanidad con los adelantos de la ciencia, impuso el progreso y perfeccionamiento del proceso penal, incorporando un medio de prueba autónomo y simple como lo es la pericia, la cual, partiendo del principio imperante en nuestro sistema procesal actual, según el cual el juez no puede basar la sentencia en fundamentos derivados de su exclusivo conocimiento personal, se erige en un medio de prueba indispensable no ya exclusivamente para el juez a fines de suplir su deficiencia, sino para todos los sujetos procesales y para la sociedad. (Arocena: 2009-1:295)

Esta evolución se patentizó, de manera puntual, en la existencia de nuevos instrumentos de gran importancia, como lo son las pericias científicas, más precisamente, la denominada pericia genética de ADN, la cual vino a significar un adelanto decisivo en el campo de las ciencias biológicas, pero sobre todo en el campo de la evidencia criminal, todo ello a los fines de la averiguación de la verdad y a la identificación del autor o sus partícipes en el hecho criminoso.

Es en este contexto en donde se plantean una serie de cuestiones que intentaremos desentrañar a lo largo del presente, como lo es la relativa a qué se entiende en la actualidad por pericia genética de ADN, cuál es su implicancia en el ámbito de la evidencia forense, como asimismo la cuestión de si la mencionada pericia otorga certeza en cuanto a la determinación de los partícipes del hecho criminoso o si ello depende de otros factores.

A tales fines, en primer término se hará referencia al concepto de pericia en general, señalando sus características como así también lo relativo al dictamen pericial, para luego pasar revista al concepto de prueba biológica y específicamente a la pericia genética de ADN en el desarrollo actual de la

ciencia moderna, haciendo referencia asimismo al procedimiento establecido en la Provincia de Córdoba para su realización.

II. La Prueba Pericial.

La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. No se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar al juez, supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podrá evitar su realización aún cuando aquél tenga los conocimientos especializados necesarios. (Caferata Nores, 1998:53).

Pero debe dejarse bien sentado, desde ya, que el perito no es "el tribunal de los hechos", como quizá se ha pretendido. Al contrario, su opinión no vincula al tribunal, y será tomada en cuenta como una prueba más, y valorada tanto individualmente como en el conjunto probatorio general. Y si de tal ponderación surgen motivos para descalificar el dictamen, el magistrado podrá prescindir de él, e inclusive arribar a una conclusión contraria (previo haber agotado las instancias por aclararlo, completarlo y aún renovarlo), siempre que no pretenda sustituir al perito. (Vivas Ussher, 1999: 96).

El fundamento de este tipo de prueba radica en que el juez no puede "saberlo todo". Ante esta situación, en muchos casos se impone la necesidad de intervención en el proceso de una persona que pueda suplir esa falta de conocimiento específico sobre determinada materia. Es en este momento, donde entra en escena el perito, sujeto al cual el magistrado debe recurrir cuando ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba, son necesarios determinados conocimientos artísticos, científicos o técnicos, es decir, cultura profesional especializada.

Así, los peritos son terceras personas, competentes en una ciencia, arte, técnica o industria, que dictaminan al juez respecto de alguno de los hechos que se investigan en la causa y se relacionan con su actividad. El juez analizará la coordinación lógica y científica; la suficiencia de sus motivos y

sus razones; de ahí la importancia de la motivación de la misma, pues si falta, podrá rechazarse la pericia u ordenarse su aclaración.

II .1. El Dictamen Pericial

La pericia como tal es un medio de prueba que ingresa al proceso basándose en las modalidades requeridas por la normativa vigente. En general, las leyes de rito prescriben que el tribunal o encargado de llevar adelante la investigación (en su caso) de un evento criminoso, pueda ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. (Así lo establece por ejemplo el artículo 231 cc. del código CCPP de la provincia de Córdoba).

Por consiguiente, mediante ese medio se procura arribar a un dictamen fundado y de basamento en conocimientos científicos, técnicos o artísticos, sin exclusión de las partes en su control y realización. (Merlo, 2007: 399:340)

Siguiendo al Dr. Cafferata Nores, podemos decir que el dictamen pericial *"es el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa descripción de la persona, cosa o hechos examinados, relaciona detalladamente las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que de ellos derivó, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica."*

En cuanto a su forma, podrá ser expresado oralmente o por escrito. La primera modalidad corresponderá, generalmente, cuando la pericia sea sencilla y pueda hacérsela inmediatamente de ordenada, aunque su utilidad se advertirá quizás con mayor nitidez en el caso de ampliación o aclaración de las conclusiones originarias. En cambio, el dictamen escrito, es realizado casi siempre en las pericias más complicadas, ya que requieren generalmente mayor tiempo de elaboración. En cuanto fuere posible, el dictamen deberá contener una serie de datos, a saber:

- 1) La *descripción* de las personas, lugares, cosas o hechos examinados, tal como hubieran sido detallados. Esta exigencia tiende a dejar constancia del estado en que se hallaban las personas o cosas sobre las cuales

versa la pericia, o la forma de producción del hecho examinado, antes de operar sobre ellos. Tendrá especial significación cuando aquéllos puedan ser modificados o destruidos por obra de las operaciones periciales;

2) La relación detallada de las *operaciones* practicadas, su resultado y fecha de realización. Este aspecto será esencial para la valoración crítica de las conclusiones a que los peritos lleguen, tanto en los casos de discrepancia como de nominación de peritos contralores posteriores a la pericia. También será meritado en el momento de resolver sobre la eficacia probatoria de la pericia.;

3) El dictamen deberá contener "*conclusiones*" que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.

Las conclusiones son las respuestas precisas de los expertos relativas a las cuestiones sometidas a su consideración. Deberán ser específicas, ceñirse a éstas, y podrán tener carácter afirmativo, dubitativo o negativo, según los resultados que se haya podido lograr con la ejecución de las operaciones propias del tipo de pericia encomendada. También podrán ser omitidas cuando los expertos carezcan de los elementos necesarios para su tarea.

Las conclusiones del perito serán el vehículo para la incorporación al proceso del elemento probatorio que se pretendía obtener con la pericia, o para introducir los criterios científicos, técnicos o artísticos para su valoración. (Cafferata Nores 1998:53).

Uno de los puntos transcendentales es el relativo a la motivación del dictamen pericial. Este requisito es muy importante debido a que, como ya sabemos, el perito no es un oráculo, ni hay ciencias, técnicas ni artes ocultas, por lo que es fundamental que las conclusiones a las que se lleguen en el dictamen, sean motivadas.

Si bien esta exigencia no se halla consignada, debe considerársela implícita, pues en caso contrario, la pericia no tendrá valor como pieza de convicción, transformándose en un mero acto de autoridad, ajeno a la función pericial.

La motivación consistirá en una explicación destinada a demostrar *por qué* el perito concluye como lo hace, fundada en principios, argumentos o deducciones de carácter científico, técnico o artístico, según el caso.

Configurará el elemento lógico de vinculación entre las operaciones que practicó y las conclusiones a que llegó. (Cafferata Nores, 1998: 79:80).

Los requerimientos del informe pericial deben seguir una argumentación propia, es decir, un proceso cognitivo especializado que se realiza mediante la articulación de inferencias diagnósticas concatenadas con los datos de la causa judicial, coherentes, exhaustivas, basadas en la razón suficiente y con conocimiento idóneo sobre el caso que se trata, para llegar así a conclusiones fundadas.

De esta manera se obtendrán argumentos secuenciales que, aún en el caso de las limitaciones de las ciencias humanas, permitirán sostener una hipótesis diagnóstica en un grado probable. La argumentación del informe descansa principalmente en el razonamiento y en el discernimiento, siendo por todo ello una operación mental que no puede desconocer los principios de la lógica. (Merlo 2007: 402:403).

III. Pruebas biológicas. Concepto.

Cabe mencionar que la circunstancia de emplear el adjetivo "científico" para calificar a un medio de prueba, no implica que los clásicos documentos, los ancestrales testimonios y las ortodoxas pericias sean a científicas. Sencillamente se utiliza esa elocuente construcción para individualizar aquellos elementos de convicción que, como las operaciones que constituyen la materia de nuestro análisis, son el resultado de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el resto de las evidencias, y que son adquiridas mediante prueba pericial o la producción de consultas o asesoramiento de entidades o instituciones técnicamente especializadas.

En este orden de ideas, ahora sí podemos denominar a las pruebas biológicas como *"pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de*

sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas". (Midon, 2009:264).

Podemos mencionar como ejemplos paradigmáticos de pruebas biológicas, los exámenes que practicados sobre la base de saliva, lágrimas, sudor, muestras de sangre, cabello, semen u otro tejido humano, permiten acreditar el nexo biológico entre dos personas, en el marco de un proceso de filiación o determinar la autoría de una violación u otro ilícito dentro del proceso penal.

III.1. La pericia genética de ADN en el proceso penal.

Como se desprende, en el presente trabajo se parte de una premisa, la cual supone que el examen de ADN constituye una pericia, incluida dentro del amplio espectro de las denominadas pruebas biológicas.

En tal sentido, se ha afirmado que el patrón de ADN se enmarca dentro de la temática propia de la prueba pericial científica, la cual se realiza sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas.(Midon,2009:261).

Por su parte, en lo que respecta a la utilización de la pericia genética de ADN en los procesos criminales, se ha señalado que la misma consiste en el estudio de la variabilidad genética humana, aplicada a la resolución de dichos procesos, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos. Los expertos parten de una muestra biológica tomada de la sangre, saliva, semen, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, pelo, uñas u otros restos biológicos presentes en todo tipo de prendas u objetos, tales como cepillos, colillas de cigarrillos, chicles y atento a que todas las células de una persona poseen el mismo ADN, todas las muestras biológicas tendrán el mismo valor.

Por otro lado, lo que se debe tener presente es que los exámenes biológicos, como las pericias en general, únicamente son admisibles cuando para la apreciación de un hecho controvertido es necesario contar con las aptitudes técnicas que proporcionan determinadas disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. (Midon 2007).

Luego de sostener que el análisis genético de ADN se enmarca dentro del ámbito propio de la pericia surge necesario hacer referencia a qué se entiende en la actualidad por ADN.

En tal sentido, se ha afirmado que las características de cada individuo se encuentran codificadas en su ADN, es decir, en el ácido desoxirribonucleico, que es "*...un polímero lineal integrado por millones de unidades simples unidas entre sí, que son los nucleótidos, eslabones o letras...*", el cual consta de cadenas complementarias con secuencias lineales de los nucleótidos A (Adenina), C (Citosina), G (Guanina) y T (Timina). (Arbones, 2002:229) El orden en que se unen dichos nucleótidos establece una secuencia única y distintiva de cada individuo, que permite construir en definitiva, el perfil de ADN o perfil genético de una determinada persona. El ADN se encuentra presente en todas las células nucleadas del organismo y es idéntico en todas las células de un mismo individuo, lo cual posibilita su tipificación a partir de los más diversos tejidos y fluidos biológicos.

Por su parte, las cadenas de ADN conforman los cromosomas, los cuales se agrupan por pares (22 pares autosómicos y 1 par sexual) pues la información genética se encuentra por duplicado en las células somáticas del organismo. Todo individuo hereda la mitad del ADN de cada uno de sus progenitores, pudiéndose reconstruir vínculos de parentesco biológico a través de su estudio. Es de importancia señalar que un individuo de sexo masculino posee el mismo haplotipo de cromosoma Y que todos los individuos de su línea biológica paterna (padres, hijos, tíos paternos, abuelos paternos, etc.), por lo que una persona por azar puede presentar el mismo haplotipo de cromosoma Y.

En definitiva, la idea de que el estudio de ADN constituye una pericia, es de vital importancia para el proceso penal, toda vez que dicho medio de prueba encuentra regulación en los Códigos de procedimiento y que por consiguiente su implementación, dentro del ámbito por ejemplo de la investigación penal preparatoria, se encuentra regida por las normas que a tal fin establecen las leyes rituales, siempre teniendo presente que nos

estamos refiriendo a la pericia en general (V. gr. art. 231, 232, 233 y siguientes del Código Penal de la Provincia de Córdoba) y no al método propio del estudio de ADN, ya que en este caso se requiere de conocimiento científicos y técnicos muy específicos y en donde en definitiva el dictamen pericial se encuentra regido por los principios y las leyes científicas que estén reconocidos como constantes en el ámbito académico-científico, para que hagan fe de sus conclusiones. (Sin perjuicio de lo ya señalado en el punto II a) del presente trabajo, en donde se hace referencia entre otros aspectos, a los requisitos que el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba establece en cuanto al dictamen pericial (ver art. 242 del citado cuerpo legal).

III.2. Su realización en la Ciudad de Córdoba en el marco de la investigación penal preparatoria. Cadena de custodia.

Tal como se adelantó, los exámenes de ADN en lo que respecta a la evidencia criminal, se realizan sobre la existencia de vestigios biológicos, los cuales deben ser recolectados de tal manera que se asegure la calidad probatoria de la evidencia. Nos estamos refiriendo a la llamada "cadena de custodia" que no es otra cosa que el debido cuidado que se debe tener en la recolección y conservación del material biológico a los fines de evitar la contaminación y degradación del mismo. Pero lo que se debe tener presente es que la efectividad requerida en torno a la conservación de las muestras no es solamente un requisito establecido en relación a asegurar un correcto análisis (posterior) de dichas muestras por parte del laboratorio correspondiente, sino que dicho requisito tiene una función última fundamental, la cual consiste en asegurar el debido proceso legal, ya que la validez científica que requiere cualquier investigación judicial en lo que respecta a la averiguación de los hechos y a la recopilación probatoria, viene dada entre otros factores por el cumplimiento "rutinario" de las pautas que deben seguir las personas que desarrollan, aplican y controlan el sistema de cadena de custodia. Se debe tener presente que uno de los motivos comúnmente esgrimido para impugnar la pericia genética de ADN

es aquel que se apoya en “...la degradación o contaminación del material biológico durante el período que media entre la extracción de la muestra y los análisis de laboratorio...” (RENELLA, Armando M., ELETA, Graciela y SOTELO LAGO, 2007:79).

Es así que, dada la importancia de la cadena de custodia y a los fines de un correcto análisis de la producción de la pericia genética de ADN en la Ciudad de Córdoba (en el marco de la investigación penal preparatoria), hemos creído necesario tomar como punto de partida un posible caso testigo, una situación de hecho en donde se pongan de manifiesto no sólo los distintos sujetos,

que deben intervenir en todo el “proceso” que culmina en la realización de la mentada pericia, sino también las distintas etapas que se deben cumplir para su realización, pero siempre teniendo presente que el análisis que se realizará a continuación está circunscripto a los límites impuestos por la especial situación de hecho elegida y el marco teórico de referencia (recolección de material biológico, ADN), todo lo cual delimita, en definitiva, las medidas e investigaciones que se deben ordenar. Al hacer referencia a “sujetos” nos estamos refiriendo no solo a los sujetos procesales esenciales (según el concepto brindado por la teoría de la relación jurídica procesal) que intervienen de alguna manera en la investigación penal preparatoria (Ministerio Público Fiscal, imputado) o en su caso jurisdiccional (Juez de Instrucción), sino también a todos aquellos otros, que ajenos a la relación procesal, colaboran de distintas maneras para reunir las muestras biológicas necesarias para que el laboratorio lleve a cabo el análisis correspondiente (policía judicial a través de sus diversas secciones, etc.).

Decimos “proceso” ya que entendemos que la realización de la pericia genética de ADN por parte del laboratorio habilitado a tal fin, debe estar precedida (necesariamente) en la mayoría de los casos, por el desarrollo de ciertos actos (aplicación de técnicas forenses) realizados por aquellos órganos auxiliares del Ministerio Público Fiscal (V.gr La Policía Judicial en la Provincia de Córdoba a través de sus diversas secciones, ya que la misma se erige como una Institución de carácter profesional técnico-científico, que colabora con la administración de justicia en la investigación de los delitos de acción pública).

A lo que nos referimos es que, no es lo mismo el análisis de ADN en el marco del proceso de filiación, que la obtención del material biológico necesario para obtener el perfil de ADN de una persona a raíz de un hecho de índole sexual.

El supuesto de hecho elegido es el relativo al abuso sexual con acceso carnal vía vaginal de una niña menor de edad (seis años) por parte de su abuelo paterno. Partiendo de la idea de que este hecho ocurrió sin la presencia de testigos y en el ámbito familiar, constatado el supuesto acceso por parte de un familiar, la niña debería ser conducida inmediatamente a la sede de la Unidad Judicial de la Mujer y el Niño (esto es lo más recomendable), donde se debería ordenar el inmediato traslado de la menor-víctima a una institución hospitalaria (está medida se debe ordenar en el presente caso atento la hemorragia vaginal que presenta la víctima) (en el caso de la Ciudad de Córdoba es recomendable el Hospital de Niños), a los fines de su asistencia, pero acompañada de una médica, (con el objetivo de no dañar el pudor de la menor) perteneciente a la sección química-legal, la cual deberá concurrir con el material necesario a los fines de recabar la o las muestras biológicas que se podrían encontrar en el cuerpo de la víctima). Es de sumar importancia determinar si la menor se higienizó la zona vaginal y anal luego de ocurrido el hecho, cuanto tiempo transcurrió entre que la misma fue accedida y su traslado al Hospital, como asimismo si la ropa interior que presenta al momento del examen es la misma que tenía al momento del acceso).

. Por "material necesario" se debe entender el traslado de hisopos estériles (debiendo realizarse a tales fines un cuidadoso hisopado tanto en la región vaginal como anal. Los hisopos estériles luego de tomada la muestra deben ser guardados en tubos y luego sellados) a los fines de la recolección de fluidos corporales correspondientes al supuesto autor. Esta primera medida es de vital importancia, por lo cual se deberán tomar todos los recaudos necesarios a los fines de evitar cualquier tipo de contaminación. Dichos hisopos estériles deberán estar rotulados (nombre y apellido de la persona a la que se le tomaron las muestras, fecha y hora de la recogida, identificación del profesional que llevó a cabo la recolección del material biológico, etc.) a los fines de que, desde un principio, se evite cualquier tipo de alteración o inconveniente en la cadena de custodia.

Luego corresponde solicitarle al Juez de Control que disponga el allanamiento de la vivienda donde habría ocurrido el hecho (atento el relato de la menor víctima) (generalmente las víctimas (menores) de casos como el sujeto a estudio, son asistidas en primer término por una Psicóloga que presta servicio en la Unidad Judicial de la Mujer y el Niño), a los fines de la detención del posible autor, como asimismo de la recolección de toda otra muestra biológica que pudiera estar presente en el lugar, debiendo requerirse la correspondiente cooperación técnica de la sección química-legal, de la sección huellas y rastros, etc.

Se debe disponer la inmediata extracción de sangre del supuesto autor (en el caso de que su detención haya sido positiva), para su posterior cotejo con las muestras biológicas recolectadas.

En este caso la extracción de sangre debe ser realizada por personal especializado (sección química-legal), con las mismas formalidades previstas para el resto de las muestras, con la salvedad de que una vez tomadas las muestras de sangre, las mismas deben ser remitidas inmediatamente a la Ex Subsecretaría Ceprococor para la determinación de su perfil genético.

Luego de recolectados los hisopados vaginales y anales, como asimismo los restantes elementos biológicos, se debe disponer que los mismos sean trasladados, con todos los recaudos necesarios, a la sede de la Policía Judicial, donde se procederá a analizar dichas muestras.

Una vez que las muestras se encuentren conservadas en la sede de Policía Judicial (área manchas biológicas de la sección química-legal) (ya que dicha sección es la encargada de realizar los correspondientes peritajes químicos sobre las evidencias biológicas recolectadas), se deberá ordenar de inmediato su análisis, a los fines de establecer si en el caso de los hisopados vaginales y anales es factible determinar la presencia de semen, y si en los restantes elementos encontrados se puede determinar también la presencia de semen como asimismo la existencia de sangre (si es sangre humana y en su caso de qué tipo), etc. Es de importancia señalar que parte del material biológico recogido, que no ha sido sometido a estudio, es conservado para posteriores exámenes, en los denominados filtros de papel FTA, los cuales consisten en una membrana de celulosa de algodón que contiene químicos liofilizados que destruyen la mayoría de bacterias y virus.

Luego de que el bioquímico perteneciente a la sección química-legal emita el informe correspondiente, y determine en su caso la presencia de semen (en los hisopados) como la existencia de sangre y semen en los restantes elementos, se debe ordenar una pericia química a los fines de determinar si el perfil genético del supuesto autor se corresponde con el perfil genético hallado en las muestras biológicas ya analizadas. Esta medida se debe disponer por decreto fundado, debiendo notificarse al imputado y a su abogado defensor (conforme la interpretación que se realiza de los artículos 236 y 237 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba).

Generalmente, el organismo (público) encargado de realizar la pericia encomendada en el ámbito de la Provincia de Córdoba, es el laboratorio de biología molecular (ex Subsecretaría Ceprocór) organismo que actualmente ha quedado bajo la órbita del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Una vez en dicho laboratorio, se procede a la determinación del perfil de ADN nuclear a partir de los materiales biológicos remitidos al laboratorio a través del cotejo de los mismos con el perfil de ADN ya obtenido (en este caso) del presunto agresor.

Con este caso no agotamos ni mucho menos los supuestos en los cuales la pericia de ADN procedería, pero si nos sirve para poner de resalto, que tal como ya se adelantó, la efectividad en la conservación de las muestras es de suma importancia a los fines de la obtención de perfiles genéticos completos, y es ello lo que, en definitiva, garantiza el acabado cumplimiento del derecho de defensa en juicio, toda vez que una prueba mal obtenida puede traer como consecuencia el desarrollo de informes contradictorios o confusos, lo cual atentaría en definitiva, contra el principio constitucional ya mencionado.

III.3. Probabilidad o certeza?

Como se puede intuir la respuesta a la pregunta que proponemos surge como corolario de los puntos ya desarrollados. En efecto, si se tiene presente que la cadena de custodia se erige como un requisito ineludible a la hora de la extracción y conservación de las muestras biológicas necesarias para llevar adelante el examen de ADN, es que se puede afirmar que una deficiencia en la misma, puede traer aparejado una degradación de

los vestigios biológicos y consecuentemente, el resultado del análisis de ADN no proveerá ya la certeza que muchos le asignan, sino en todo caso aportará meras aproximaciones, erigiéndose por consiguiente en un indicio más con que cuenta el tribunal a la hora de determinar la posible participación de un individuo en un hecho delictivo.

La idea de que el análisis de ADN rayana la certeza en cuanto a la obtención de un perfil genético exacto y completo es discutida en la actualidad, llegándose a afirmar en algunos supuestos que la regla no es la certeza, sino que, por el contrario, la incertidumbre científica, en muchos aspectos, es evidente.

Tal como lo señala el Dr. Mariano Arbonés *"...admitir (...) que el método del ADN provee un 99,9999...% aunque sea sólo de probabilidad es, en nuestro país, hacerse cargo de un rumor científico..."* (ARBONES, 2002: 221) y es ese rumor científico, el que se transforma en un preconcepto, el cual es utilizado por el lego en materia genética para señalar sin más las bondades del análisis de ADN, sin tener en cuenta que el resultado que provea el examen, depende de múltiples factores y uno de ellos es la eficacia en la cadena de prueba.

IV. Conclusión

El desarrollo de la pericia genética de ADN y su aplicación en las ciencias forenses trajo aparejado un cambio sustancial en lo que a medios de prueba se refiere. El hecho "en principio" de contar con una herramienta de avanzada, a los fines de esclarecer la verdad real o material de un hecho delictuoso, fue a todas luces recibido con los brazos abiertos por los operadores jurídicos.

Sin embargo, la idea imperante en diversos sectores de superioridad de esta pericia con respecto a las restantes, en cuanto a que a partir de sus métodos científicos se podría alcanzar certeza en relación a la determinación de un individuo como partícipe de un hecho delictuoso, poco a poco fue menguando, hasta alcanzar en la actualidad la calidad de un preconcepto.

En definitiva, lo que debemos tener presente es que los análisis de ADN son altamente confiables pero no infalibles. Como toda actividad humana, no están exentos de errores ni de maniobras inescrupulosas. Para minimizar la posibilidad de error es necesario, entre otras cosas, instruir mediante cursos y seminarios al personal judicial o policial que efectúe la toma y conservación de las muestras, y particularmente a los Jueces en lo que respecta a interpretación de los resultados, incluyendo como tema específico todos los errores o situaciones conflictivas que pueden afectar a los análisis de ADN.

Estos recaudos no se establecen a los fines únicos de alcanzar una precisión técnica en lo que respecta a la producción de la mentada pericia genética, sino que su realización trae aparejado el cumplimiento del objetivo constitucional de afianzar la justicia, toda vez que conlleva a asegurar el debido proceso legal.

V. Bibliografía

- ARBONES, Mariano, (2002). "La prueba biogenética de identidad" en *Novedades sobre la Prueba Judicial*, Córdoba, Editorial Mediterránea. Argentina.
- AROCENA, Gustavo A, (2009). "La Valoración de la Prueba (Con especial referencia a la reconstrucción del hecho, las pericias y las interpretaciones)", en *Revista de Derecho Procesal Penal La prueba en el proceso penal - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Argentina.
- BASTERRA, Marcela I, (2009). "¿Es constitucional la prueba de ADN en el proceso penal? Registro de violadores y derecho a la intimidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal, La Prueba en el Proceso Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé. Argentina.
- CAFFERATA NORES, José I., (1998). "La Prueba en el Proceso Penal", Editorial Depalma. Argentina.
- CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aída, (2003). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, con la colaboración de Gustavo A. Arocena, Tomo II, Editorial Mediterránea, Córdoba. Argentina.

- GONZALEZ ANDRADE, Fabricio. (2009). Ensayos Médicos sobre Genética en página Web: www.scribd.com/.../El-ADN en los Delitos Sexuales, consultado el 05 de Noviembre.
- LEONARDI, Dánilo A. (1990). "El ADN puede colaborar con la administración de justicia" en Revista Jurídica Argentina, La Ley. Argentina.
- MERLO, Liliana, (2007). "Personalidad y Medio Social: su abordaje a través del dictamen pericial, publicado en Semanario Jurídico N° 1626. Argentina.
- MIDON, Marcelo Sebastián, (2009). ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas?, en Revista de Derecho Procesal, Pruebas Biológicas y Cosa Juzgada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Argentina.
- MIDON, Marcelo Sebastián, (2007). *Pericias biológicas, Enigmas que se le plantean al hombre de Derecho*, Ediciones jurídicas Cuyo (en imprenta). Argentina.
- RENELLA, Armando M., ELETA, Graciela y SOTELO LAGO, Rosario A., (2007). "Causales frecuentes de impugnación en estudios de ADN", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires. Argentina.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, (1986). *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba. Argentina.
- VIVAS USSHER, Gustavo, (1999). "Manual de Derecho Procesal Penal", Tomo II, Editorial Alveroni, Argentina.

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHASTEGUI, S. (2012) "La pericia genética de ADN en el proceso penal. ¿Probabilidad o certeza". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Noviembre de 2012, Año 2, Vol. 2. pp.171-187. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**ISSN
1853-6239**

Universidad Nacional de La Rioja



In Iure