

MENSAJE DEL DIRECTOR

“Los primeros diez números de la Revista”

DOCTRINA

Battó, Damián, Berreta, Gabriel, Delpiazzo, Gabriel y Robaina Raggio, Andrés -

“Rescate de las concesiones”

Bruno, José Luis -

“Dos países árabes ante la Corte Internacional de Justicia: Qatar v. Bahrein y el principio de equidad”

Gros Espiell, Héctor -

“El Derecho Constitucional y la Historiografía Uruguaya”

Pecoy Taque, Martín -

“Testamento vital y Derecho penal”

Rotondo Tornaría, Felipe (con la colaboración de Flores, Ruben) -

“Consideraciones generales sobre organización administrativa”

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Brito, Mariano -

“Constitución y Derecho público: cumplimiento de las promesas”

Rodríguez Arana, Jaime -

“Ética, política y urbanismo”

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Bugallo, Beatriz -

Loaiza Keel, Carlos -

“La jurisprudencia constitucional en materia tributaria y la legitimidad del sistema democrático”

INFORMACIONES

Visita del Decano a tres Universidades americanas

Nuestro Consultorio Jurídico, una realidad

TESINAS DE MASTERS

Alvarez Martínez, Alicia -

“Garantías y títulos valores cambiarios”

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Klot, Sofía -

“El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas”

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Derecho Administrativo Especial”, volumen 1

“Curso de Derecho de la Integración” – FALTA TAPA

“Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica”

“Código Penal comentado, sistematizado y anotado”, tomo I, 2ª edición – FALTA TAPA



MENSAJE DEL DECANO

Los primeros diez números de la Revista

Con esta entrega se completan diez números de la aparición de esta Revista semestral y, por ende, se cumplen cinco años de permanencia y regularidad de la misma. No ha sido un esfuerzo menor pero la etapa cumplida y el mirar cuánto se ha volcado en cada ejemplar de la Revista, nos llena de satisfacción.

Bajo el título de "Una nueva Revista jurídica para un nuevo milenio", el entonces Decano, Profesor Ricardo Olivera García, escribía en la portada del N° 1: "La aparición de la Revista pretende ser un jalón más en el cumplimiento de la misión que la Universidad de Montevideo se ha propuesto: promover una cultura de trabajo y de servicio en la persona, la familia y la sociedad, mediante la excelencia en el quehacer universitario, fundando su actividad académica en una concepción trascendente del hombre, comprometida con la búsqueda de la Verdad".

Durante estos cinco años hemos pretendido cumplir con tal objetivo, haciendo de la Revista un instrumento de comunicación e intercambio pero, a la vez, de traducción al medio jurídico y a la sociedad en general de cuánto en la Facultad de Derecho se hace en materia de docencia, investigación y extensión.

La oportunidad es propicia para agradecer a todos los colaboradores que han pasado por la páginas de la Revista y a quienes, detrás de ellas, han hecho posible concretar cada publicación.

A la vez, este hito se convierte en desafío y estímulo para que la Revista pueda continuar su camino de servicio, con el inestimable aporte de todos quienes la hacen posible.

Carlos E. Delpiazzo
Director



DERECHO

Publicación semestral de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores
Dr. Alberto Faget Prati
Dr. Jorge Fernández Reyes
Dr. Ronald Herbert
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga
Dr. Pedro Montano Gómez
Dr. Santiago Pérez del Castillo
Dr. Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Juan Manuel Gutiérrez
Dr. Pablo Labandera

*

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Prudencia de Pena 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 409 44 63 - 409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 333.107 / 04
Edición amparada en el decreto 218/996
(Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

Las expresiones y opiniones vertidas
por los autores de cada obra
publicada
en esta Revista, son de su exclusiva
responsabilidad

Año V (2006), N° 10





DOCTRINA

- *Battó, Damián, Berreta, Gabriel, Delpiazzo, Gabriel y Robaina Raggio, Andrés* - “Rescate de las concesiones”
- *Bruno, José Luis* - “Dos países árabes ante la Corte Internacional de Justicia: Qatar v. Bahrein y el principio de equidad”
- *Gros Espiell, Héctor* - “El Derecho Constitucional y la Historiografía Uruguaya”
- *Pecoy Taque, Martín* - “Testamento vital y Derecho penal”
- *Rotondo Tornaría, Felipe (con la colaboración de Flores, Ruben)* - “Consideraciones generales sobre organización administrativa”



RESCATE DE LAS CONCESIONES

DAMIÁN BATTÓ
GABRIEL BERRETA
GABRIEL DELPIAZZO
ANDRÉS ROBAINA

Del Master de Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN. III. CONCEPTO DE RESCATE. A) MODO DE EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN. B) ACTO UNILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE: ¿CUESTIÓN DE PRINCIPIO O PREVISIÓN EXPRESA? C) RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO O GENERAL. D) INDEMNIZACIÓN AL CONCESIONARIO: ¿DEBE SER INTEGRAL? E) REASUNCIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN. IV. ALCANCE DEL RESCATE. V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

En la presente monografía nos abocaremos a examinar el *rescate de las concesiones*, como uno de los modos para su extinción.

Es así que haremos referencia, en primer término, a la naturaleza jurídica de la concesión (*¿acto administrativo o contrato celebrado por la Administración?*) y luego ingresaremos a analizar el concepto de rescate.

A partir de tal conceptualización, examinaremos el rescate como modo de extinción de las concesiones, la potestad rescisoria unilateral de la Administración concedente, las razones de interés público y general que lo fundamentan, el pago de una indemnización al concesionario, y la reasunción por la Administración del objeto de la concesión.

Posteriormente aludiremos al alcance del rescate, si comprende a la totalidad o sólo parte del objeto de la concesión, y finalmente expondremos las conclusiones de este trabajo.

II. Naturaleza jurídica de la concesión

La naturaleza jurídica de la concesión ha sido ampliamente debatida en la doctrina jusadministrativista universal. En función de ello y a los efectos de fundar debidamente los desarrollos que siguen, realizaremos brevemente algunas referencias a esa discusión doctrinaria.

En ese sentido, es posible mencionar a cuatro grandes corrientes doctrinarias: a) la que analiza a la concesión como un acto administrativo unilateral; b) la que la considera un contrato; c) la que entiende que la concesión tiene un contenido complejo, que no puede subsumirse en un solo tipo jurídico; d) la que no asigna una naturaleza única a la concesión, dependiendo de las circunstancias de cada caso¹. Los autores que en general han negado la existencia de contratos celebrados por la Administración son los que sostienen que la concesión es un acto administrativo unilateral. Por el contrario, los autores que admiten en general la existencia de dichos contratos, otorgan a la concesión naturaleza contractual.

Prestigiosa doctrina nacional clásica ha considerado a la concesión como un acto complejo, distinguiendo los planos formal –como nace el vínculo jurídico– y material –cuáles son sus efectos. En el aspecto formal, la concesión constituye un acto bilateral, que nace del acuerdo de voluntades. Y en el aspecto material (contenido complejo del acto), mientras unas cláusulas se relacionan con la organización y funcionamiento del servicio público que deberá realizar el concesionario (es un acto convencional pero no contractual), otras

¹ SILVA CENCIO, Jorge A. - "Servicio Público y Concesión de Servicio Público", Amalio Fernández, Montevideo, 1980, pág. 29.

regulan los aspectos económicos de la explotación del servicio, con alcance puramente individual o subjetivo (el acto es contractual)².

SILVA CENCIO³ se pronunció a favor de la naturaleza contractual de la concesión, rigiendo a su respecto el Derecho Público en forma preponderante y señalando que su objeto constituye solamente la ejecución del servicio (ecuación económica de la concesión), con prescindencia de los aspectos de organización y funcionamiento, de los cuales la Administración no puede desprenderse. En opinión de DELPIAZZO⁴, partiendo de la doble base de que la concesión crea un derecho en beneficio del concesionario del que éste carecía antes y de que los actos administrativos pueden ser unilaterales o plurilaterales, y éstos a su vez convencionales o contractuales, considera que la expresión "concesión" engloba actos y contratos. Son contratos de concesión –agrega- los de obra pública, los de servicios en general y de servicios públicos en particular.

A nuestro juicio y luego de examinar la evolución de la doctrina especializada, compartimos la atribución de naturaleza contractual a las concesiones objeto de este trabajo, por lo que sobre esa base realizaremos la siguiente exposición acerca del rescate de las concesiones.

III. Concepto de Rescate

El significado de la expresión "rescate" nos indica que su contenido es netamente ejecutivo, ya que proviene de la expresión latina "recaptare", recoger; se trata de recobrar, retomar el servicio u obra, y no de "reclamar" o "solicitar" la restitución sino de llevarla a cabo⁵.

En función de lo anterior, entendemos como *rescate de la concesión* a aquel modo de extinguirla –antes del vencimiento del plazo estipulado- por acto unilateral de la Administración concedente, por razones de interés público o general, indemnizando al concesionario, y asumiendo aquella entonces en forma directa la ejecución o cumplimiento del objeto de ese contrato.

En consecuencia, a partir del concepto enunciado, cabe enumerar las siguientes características o rasgos propios de esta figura, a saber:

- a) es un modo anormal de extinguir los contratos de concesión pública, antes de su vencimiento;
- b) es una potestad unilateral del concedente (deberá determinarse si se admite como potestad de principio o debe de estar prevista, necesariamente, en la ley o en el contrato);
- c) debe estar fundada en razones de interés público;
- d) supone el pago de la correspondiente indemnización al concesionario; y
- e) implica la reasunción por parte de la Administración de la ejecución directa del objeto de la concesión.

Al análisis de estos caracteres esenciales del rescate se dedicarán los apartados siguientes, profundizando en las diversas problemáticas que cada uno de ellos plantea.

A) Modo de extinción de la concesión

Doctrinariamente se señala como modos de extinción⁶, tanto de las concesiones de obra pública como de las concesiones de servicios públicos, a la expiración del plazo, la caducidad, *el rescate*, razones de fuerza mayor, el mutuo acuerdo, y otras causales.

El rescate constituye una causa anormal de finalización del contrato de concesión, considerando que se extingue antes de su vencimiento y es un modo de extinción específico de las concesiones⁷. Se trata de una especie dentro del género de la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración. Dentro de este género, es posible distinguir modos de extinción por razones de legalidad y aquellos que obedecen a motivos de mérito o razones de interés público.

² SAYAGUÉS LASO, Enrique - "Tratado de Derecho Administrativo", FCU, Montevideo, 1959, t. II, pág. 19, 20 y 21.

³ SILVA CENCIO, Jorge A. - "Servicio Público y Concesión de Servicio Público" cit., págs. 33-35.

⁴ DELPIAZZO, Carlos E. - "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, 2ª. Ed. Actualizada, pág. 382.

⁵ PRITZ, Osvaldo A. F. - "El Rescate" en A.A.V.V. "Los Servicios Públicos", Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 185.

⁶ CAJARVILLE, Juan Pablo - "Extinción de los contratos de la Administración" en A.A.V.V. "Contratación Administrativa", F.C.U., 1988, pág. 121, analiza los distintos modos de extinción de los contratos administrativos y señala que el interés de la doctrina dominante se centra en su *extinción por decisión unilateral* de la Administración. El rescate, en materia de concesiones, es precisamente uno de los modos de extinguirlas sobre la base de esa decisión.

⁷ DROMI, José Roberto - "Derecho Administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 1, pág. 429, y en "Instituciones de Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 409.

En nuestra opinión, el rescate se ubica dentro de estas causales de extinción por razones de interés público, junto con la revocación. Si bien la doctrina nacional no realiza tal diferenciación⁸, creemos que ambas figuras deben distinguirse, en la medida en que el rescate, a diferencia de la revocación, no implica la supresión del servicio público sino la **reasunción** por parte de la Administración de la gestión que le había encomendado al contratista⁹, y que tales medios jurídicos extintivos de la concesión proceden uno en defecto del otro, pero de ningún modo simultáneamente¹⁰.

Por otra parte, dentro de los modos de extinción por razones de legalidad, interesa destacar la caducidad.

Recientemente fue publicitada la rescisión de una importante concesión de obra pública¹¹, en ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, habiéndose dispuesto la caducidad de esa concesión: se decidió en función de incumplimientos de las obligaciones a cargo del concesionario, por lo que no existe indemnización alguna en su favor¹², y precisamente por tales incumplimientos, la Administración procederá a ejecutar directamente el servicio (o bien por terceros).

Al respecto, debe precisarse que el rescate no tiene nunca el carácter de sanción que implica la caducidad: en el rescate se pone fin a la concesión en forma anticipada y en el solo interés público, mientras que en la caducidad se le pone fin por una falta muy grave imputable al concesionario.

Particularmente respecto de la extinción de las concesiones de servicios públicos, se ha destacado que varía según se trate de *concesiones con plazo o sin plazo* y atendiendo a la causal que la origina. Así, SAYAGUES LASO¹³ establece que en las concesiones con plazo, el modo normal de extinción es el vencimiento de éste¹⁴, aún cuando pueden extinguirse anticipadamente, apunta el autor, por acuerdo de partes, incumplimiento culpable de una de ellas, incumplimiento debido a fuerza mayor o a razones de interés público, revocación por ilegalidad, y otras causas de menor trascendencia (cuando se entiende que la concesión es un contrato intuitu personae, es admisible su extinción por fallecimiento, concurso o quiebra del concesionario).

En cambio, cuando la concesión fue otorgada sin plazo determinado (*precarias*), la Administración puede rescindirla unilateralmente en cualquier momento, siempre que existan motivos fundados para así disponerlo (incumplimiento del concesionario, reorganización del servicio, decisión de reasumir directamente su explotación, etc.)¹⁵.

Delimitada la figura del rescate y enunciadas sus principales diferencias con otros modos de extinción de la concesión, corresponde continuar con el análisis de sus principales rasgos característicos.

B) Acto unilateral de la Administración concedente: ¿cuestión de principio o previsión expresa?

Como viene de decirse, el rescate es una especie dentro del género de rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración. En este contexto, corresponde plantearse si el mismo constituye una potestad implícita del concedente, o si su ejercicio requiere necesariamente su previa estipulación en el contrato.

En materia de caducidad, DELPIAZZO ha dicho que la misma *debe estar prevista* en el contrato, y sólo puede aplicarse excepcionalmente en casos de muy serios o graves incumplimientos por parte del concesio-

⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique - "Tratado de Derecho Administrativo", cit., t. II, pág. 83, ha destacado la potestad de la administración de decidir el rescate "con la finalidad de mejorar el servicio mediante su explotación directa o de *suprimirlo* por ser inadecuado ante las nuevas circunstancias que hubieren sobrevenido".

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos - "El Contrato Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 94, 95 y 98.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S. - "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, t. III A, pág. 578.

¹¹ Nos referimos a la extinción del contrato de concesión de la Obra Pública "Ruta N° 1 - Doble Vía Montevideo - Libertad y nuevo Puente sobre el Río Santa Lucía" (vencimiento de la concesión en marzo del año 2016), que estaba a cargo de la firma Consorcio Ruta 1 S.A. (Concesionario), y que fuera dispuesta por el Poder Ejecutivo mediante Resolución de fecha 1° de agosto de 2005. En efecto, en esa resolución se dispuso la denuncia a los efectos de su *rescisión* del citado contrato de concesión de obra pública (Licitación Pública Internacional N° 23/96), por causas e incumplimientos imputables al Concesionario, y se encomendó a la Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Transporte y Obras Públicas a fin de que instrumente y lleve adelante la toma de posesión de la Concesión. En la Resolución en examen, se hace referencia a las distintas causas de extinción del contrato de concesión de obra pública, previstas en el *Pliego de Condiciones Particulares de la Concesión* (art. 45), señalándose -entre ellas- a los *incumplimientos graves del concesionario* (Considerando I). El Tribunal de Cuentas de la República no formuló observaciones a la citada rescisión (Considerando XII).

¹² PRITZ, Osvaldo A. F. - "Rescate: delimitación y efectos" en A.A.V.V. "Estudios de Derecho Administrativo" (Depalma, Buenos Aires, 1995), pág. 75, señala que aún en el caso de caducidad, si se incauta definitivamente bienes del concesionario, deben ser objeto de indemnización.

¹³ SAYAGUÉS LASO, Enrique - "Tratado de Derecho Administrativo", cit., t. II, pág. 76.

¹⁴ En este caso el vínculo contractual finaliza, el concesionario cesa en la explotación del servicio y la Administración reasume su ejercicio, por sí o mediante cualquiera de los procedimientos admitidos.

¹⁵ DELPIAZZO, Carlos E. - "Contratación Administrativa" cit., pág. 402, afirma que la doctrina moderna rechaza la concesión a perpetuidad (art. 51 de la Constitución Nacional), lo que lleva a negar la categoría de las concesiones de servicio público sin plazo.

nario, constituyendo una sanción represiva definitiva en la clasificación de la doctrina. Si no existe previsión de la potestad sancionatoria, expresa el autor, la Administración podrá acudir al juez para reclamar la aplicación de sanciones¹⁶.

Por su parte, SAYAGUES LASO ha manifestado que constituye una potestad administrativa *de principio* (se discute quien puede declararla, si la propia Administración o la Justicia competente), pero es una medida que debe ser usada con gran prudencia, sólo cuando exista incumplimiento grave del concesionario, evidenciando real incapacidad para cumplir el servicio y que esté claramente comprobado¹⁷.

Interesa destacar dichos posiciones doctrinarias en la medida en que la cuestión vinculada a si debe haber previsión expresa o si la caducidad constituye una potestad de principio, resulta plenamente aplicable a las otras especies de rescisión unilateral de la Administración, como ser el rescate y la revocación por razones de mérito.

Respecto al rescate en particular, esta discusión se ha planteado primeramente en el **derecho comparado**. Así, en el derecho francés se denomina *rachat* y se distingue si se pactó o no expresamente (el régimen jurídico es distinto); el **rachat implícito** es de principio y sólo procede cuando la Administración explotará luego el servicio directamente, o para suprimirlo por ser inviable, o para introducirle modificaciones que el concesionario no está en condiciones de realizar. Así, MODERNE ha sostenido la procedencia del rescate no contractual efectuado mediante una decisión unilateral no prevista en el contrato, si bien se reconoce el pago de una indemnización integral al concesionario que incluye el lucro cesante¹⁸.

JÉZE, por su parte, distingue el rescate contractual del no contractual (representa el ejercicio de una competencia legal, inalienable, de la Administración: la de modificar el servicio público, en cualquier momento, según las necesidades del público), estableciendo que *el rescate es siempre posible* aunque el contrato no lo prevea expresamente, y que la cláusula de rescate –cuando se estipula en el contrato– tiene por finalidad, sobre todo, regular el cálculo de la indemnización y determinar la autoridad competente y el procedimiento a seguir para dictar la decisión de rescate, pero –agrega– que sólo cabe aplicarla con la condición de que ninguna cláusula del contrato suprima o reduzca directamente la facultad de la Administración de declarar, en cualquier momento, el rescate de la concesión¹⁹.

Por su parte, en el derecho italiano, la doctrina dominante distingue la **revocación** (implícita en toda concesión, y es la extinción de ésta por acto unilateral de la Administración, fundada en razones de interés público) y el **rescate** (*debe pactarse expresamente*, y es la extinción unilateral pero por otros motivos)²⁰.

En Argentina, CASSAGNE ha sostenido que las modalidades que asume el rescate son básicamente la legal y la contractual, descartando el rescate “*como poder implícito no previsto en el contrato ni en la ley*” sobre la base de que el interés público en que se fundamenta la extinción del contrato debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, o bien previsto en el contrato, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades²¹.

Por su parte, MARIENHOFF ha manifestado que la posibilidad de que la Administración rescate una concesión es de “principio” y va sobreentendida, no siendo menester la existencia de texto alguno que autorice dicha posibilidad, siendo la causa jurídica del rescate la satisfacción del interés público²². Y DROMI ha dicho que el rescate no necesita de norma alguna que lo disponga expresamente²³. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁴.

¹⁶ DELPIAZZO, Carlos E. - “Contratación Administrativa” cit., págs. 219, 220, 308 y 396.

¹⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique - “Tratado de Derecho Administrativo” cit., págs. 78 y 79.

¹⁸ MODERNE - “Les rachat des concessions”, en *Collectivités Locales*, t. III, París, 1985, págs. 3292-1 y sgtes, citado por CASSAGNE, Juan Carlos - “El Contrato Administrativo”, cit. pág. 99.

¹⁹ JÉZE, Gastón - “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1950, t. IV, págs. 244-249 y t. VI, págs. 372, 373 y 375. El autor señala que es indiscutible la aplicación de la teoría de la desviación de poder en el caso del rescate no contractual, ya que afirma sólo puede efectuarse para alcanzar la finalidad de interés público, y no para obtener una ventaja financiera o con el único fin de suplantar a un concesionario que no es del agrado del concedente.

²⁰ SAYAGUÉS LASO, Enrique - op. cit., págs. 82-83.

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos - “El Contrato Administrativo” cit., pág. 96. El autor, en “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización” en A.A.V.V. “Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica” (Depalma, Buenos Aires, 2002) pág. 76, señala que en Argentina las características diferenciales de los regímenes sectoriales existentes obstan a su configuración unitaria, y en ese sentido sostiene que la potestad de proceder al rescate de la concesión se halla expresamente contemplada en el servicio de distribución de agua potable, con una indemnización de base contractual, estando en otros supuestos limitada por un plazo de 20 años (aeropuertos) y en otros, vedada (gas y telecomunicaciones) en forma expresa.

²² MARIENHOOF, Miguel S. - “Tratado de Derecho Administrativo” cit., pág. 579.

²³ DROMI, José Roberto - “Derecho Administrativo” cit., pág. 432.

²⁴ Ver: Sentencias N° 620/988, N° 243/997 y N° 327/998.

Según DIEZ²⁵ el rescate puede ser contractual o extracontractual, y en el último la Administración puede operar en cualquier momento.

Otros autores han llegado a sostener que si el contrato prohibiera el rescate, la cláusula que lo estipula deberá tenérsela por no válida, ya que sostienen la procedencia del rescate aún sin ley o contrato que lo autorice²⁶.

En nuestro derecho, la doctrina nacional clásica ha considerado que si la concesión nada estipula sobre el rescate (si lo establece, no habrán inconvenientes), la Administración puede decidirlo unilateralmente, con la finalidad de mejorar el servicio mediante su explotación directa, o de suprimirlo por ser inadecuado ante las nuevas circunstancias que hubieren sobrevenido, indemnizando *integralmente* al concesionario, incluso en las ganancias futuras de que fuese privado, todo ello por la necesidad de atender en primer término al **interés público**²⁷.

DELPIAZZO sostiene que en el rescate la Administración concedente pone fin a la concesión antes de la fecha estipulada, en condiciones que necesariamente *deben estar previstas en el contrato respectivo o en la ley*, y abonando la indemnización que corresponda, aún cuando precisa que un sector de la doctrina considera que el rescate por razón de mérito es un poder implícito de la Administración²⁸.

También CAJARVILLE expresa que la afirmación de que la Administración tiene poderes exorbitantes en materia de contratación administrativa, los cuales derivan de las normas que los confieren (una ley o un contrato) o del principio de los poderes implícitos (fundamento: que se trate de un poder imprescindible para cumplir un cometido expresamente atribuido, que no esté expresamente conferido a otro órgano del Estado, y que el poder que se pretende no lesione limitaciones o regulaciones expresas de ese poder ni viole otra regla de derecho), no puede ser un postulado *a priori* del cual deducir poderes sino una comprobación inductiva *a posteriori*. Concluye que atendiendo a tales supuestos de existencia de un poder implícito de la Administración, claramente **no se podría admitir** como tal el de extinguir el contrato, más allá de las limitaciones que la propia ley establece o lo estipulado en el contrato mismo²⁹.

Sobre el punto consideramos que habiéndosele atribuido a la concesión naturaleza contractual, los modos para su extinción deben estar expresamente pactados en el respectivo contrato –sin perjuicio de que una ley lo estableciere–, especialmente aquellos que operan mediante una potestad administrativa ejercida antes del vencimiento del plazo de la concesión (caducidad, rescate, revocación).

Por lo tanto, entendemos que si no existe previsión expresa que permita a la Administración concedente ejercitar el rescate de la concesión, éste no puede operar de ninguna manera, y si aún así se adoptara esa decisión, el concesionario podrá acudir a los órganos jurisdiccionales a los efectos de promover las acciones legales pertinentes en defensa de los derechos que le asisten.

El fundamento de ello radica en que tal actuación supondría un apartamiento del contrato y, por ende, de la regla de Derecho (art. 23 lit. a) del Decreto-Ley 15.524), a la vez que se estaría desconociendo con ello el efecto vinculante del mismo para ambas partes (art. 1291 del Código Civil).

C) Razones de interés público o general

Continuando el análisis de los principales rasgos característicos del rescate, corresponde en esta instancia referirse al fundamento jurídico de este modo anormal de extinción de las concesiones.

Tanto la doctrina nacional³⁰, como la principal doctrina extranjera³¹, coinciden en que el fundamento del rescate no puede ser otro que el interés público en juego.

²⁵ DIEZ - "Derecho Administrativo", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, t. II, pág. 573.

²⁶ CANASI, José - "Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1974, vol. II, pág. 485., citado por PRITZ, Osvaldo A. F., "Rescate: delimitación y efectos" cit., pág. 69.

²⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique - op. cit., pág. 83; y Julio PRAT - "Derecho Administrativo", Acali, Montevideo, 1978, tomo III, vol. 2, pág. 319, sostiene que los contratos administrativos pueden extinguirse de principio, por decisión unilateral de la Administración, a título de sanción por incumplimiento grave o, sin incumplimiento, cuando lo exige el interés general.

²⁸ DELPIAZZO, Carlos E. - "Contratación Administrativa" cit., págs. 310 y 402.

²⁹ CAJARVILLE, Juan Pablo - op. cit., págs. 124 y 125.

³⁰ SAYAGUÉS LASO, Enrique, expresaba que: "Aunque la cuestión es muy discutible, esa solución puede justificarse por las necesidades de atender en primer término al interés público." Tratado T. II., pp. 83.

³¹ PRITZ, Osvaldo A. F. - "Los Servicios Públicos. Régimen jurídico actual", A.A.V.V. pp. 187. Este autor en forma contundente mencionaba: "No hay dudas de que el fundamento siempre debe ser el interés público en una mejor prestación del servicio". Así también: MARIENHOFF, Miguel - "Tratado de Derecho Administrativo", T. III, cit., pp. 581; y DROMI, José Roberto - "Derecho Administrativo", T. I, cit., pp. 431.

Es que ello obedece a la propia razón de ser del Estado como una institución finalizada al logro del bien común, medio necesario para el normal desarrollo de la persona humana³².

Se ha conceptualizado al bien común en su aspecto social como aquel que puede ser participado por todos y cada uno de los miembros de una comunidad humana³³, y en tal sentido se ha destacado que ese bien común es la conveniente vida humana de la multitud, de una multitud de personas; su comunicación en el bien vivir, bien común al todo y a las partes sobre las cuales se difunde y que con él deben beneficiarse³⁴.

No pueden caber dudas al respecto, el Estado es un ser creado³⁵ en vistas de un fin, y ese fin es el bien común. En este sentido, la Administración participa de la misma ordenación que el Estado³⁶.

Por tanto es fundamental que la Administración³⁷ no desvíe su actuar y dirija siempre e incondicionalmente su actividad a su fin último ordenador que es el bien común, el cual tiene como fundamento la persona humana en todas sus dimensiones³⁸, y necesidades³⁹.

Ello exige que la actividad de la Administración tenga siempre en cuenta su existencia cometida, pues su naturaleza revela un ser instrumental el cual no tiene existencia propia sino cometida, la cual debe converger necesariamente en el ser humano, el cual por necesidades naturales tiende a la vida en sociedad procurando alcanzar a través de ella el bien común del todo social⁴⁰.

En definitiva, la Administración tiene un deber de prosecución del bien común, el cual se erige en principio general de derecho⁴¹, y por tanto de máximo valor, como piedra sillar en la cual reposa la construcción del Estado.

Así lo recoge nuestro derecho positivo, al reconocer al interés público como ordenador de la actividad estatal en diferentes normas de rango constitucional⁴², así como también en disposiciones legales y actos administrativos⁴³.

Por tanto, este bien común o interés público, como orientador direccional inexcusable en la actividad de la Administración, debe manifestarse también en la actuación de ésta cuando celebra contratos.

En efecto, la Administración al contratar también debe tener como fin orientador el interés público, el cual, dependiendo de cada especie de contrato, encontrará su necesaria particularización.

Por su parte es de destacar que este fin orientador, no solo se manifiesta en la etapa previa a la celebración del contrato sino que también en la ejecución del mismo. En particular, respecto de la concesión de obra y servicio público, podemos afirmar que dicho fin debe estar presente al momento de otorgar la concesión, así como en la consecución de su ejecución.

Así, DELPIAZZO, al referirse a la concesión de servicio público expresó: "El elemento teleológico está dado por la satisfacción de una necesidad colectiva o de interés público"⁴⁴; y agrega al referirse al contrato de concesión de obra pública que, "En cuanto al elemento fin, como en toda actuación de la Administración, sea unilateral o sea contractual, siempre está presente el interés público. Más específicamente, puede decirse que

³² DURAN MATINEZ, Augusto - "El nuevo procedimiento administrativo", en Estudios de Derecho Administrativo, Parte General, Montevideo, 1999, pp. 300.

³³ MILLÁN PUELLES, Antonio - Sobre el Hombre y la Sociedad, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1976, pp. 107.

³⁴ MARITAIN, Jaques - La Persona y el Bien Común, Buenos Aires, Club de Lectores, 1968, pp. 57.

³⁵ Creación en la distinción que realiza ARISTÓTELES: "Entre las cosas que devienen o llegan a ser, unas son producciones de la naturaleza, otras del arte, y otras del azar. En toda producción hay una causa un sujeto, luego un ser producido...Las demás producciones se llaman creaciones." Met. LVII, Cap. VII

³⁶ DURAN MARTINEZ, Augusto - "La Administración en tiempos de Crisis", en Estudios de Derecho Publico, Vol. I, Montevideo 2004, pp. 405.

³⁷ De su origen etimológico podemos extraer también su naturaleza cometida, en efecto el término ADMINISTRACIÓN, proviene del vocablo latín vultar ADMINISTRAR, el cual esta compuesto por ADMINISTRAR, AD=de; MINISTRAR= de ministrare, minister, ministro, el cual a su vez significa servidor, persona que trabaja para otro, Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 31.

³⁸ Individuales, sociales, y trascendentes.

³⁹ El Ser Humano por naturaleza, exige protección, seguridad, libertad, razonabilidad.

⁴⁰ MARITAIN, Jaques - Los Derechos del Hombre y la Ley Natural, Buenos Aires, Biblioteca Nueva, 1943, pp. 11.

⁴¹ BARBE PEREZ - Los Principios Generales de Derecho como fuente de derecho administrativo en el Derecho Positivo Uruguayo, en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado A.A.V.V., Montevideo, F.C.U., 2001, pp. 24.

⁴² Arts. 7, 28, 32, y 36 entre otros, y especial referencia merece el art. 50 el cual fue incorporado en la anteuúltima reforma constitucional, por el cual el constituyente se va desprendiendo de viejos conceptos de raigambre liberal, (Interés General), para incorporar conceptos acordes a un Estado Social de Derecho, (Bienestar General).

⁴³ Por su parte la Ley No. 17.060, establece expresamente que el interés público se expresa entre otras manifestaciones en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua; y también el Decreto 30/03, menciona que en el ejercicio de sus funciones, el funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público, agregando que entre otras manifestaciones el interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua; y que la satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la persona humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno, (arts. 7 y 72 de la Constitución).

⁴⁴ DELPIAZZO, Carlos - Contratación Administrativa, Montevideo, U.M., 1999, pp. 385.

está comprometido el interés público particularizado en el interés de Servicio que promueve el contrato de que se trata⁴⁵.

Por ende, estimamos que la utilización del rescate debe ser realizada, con sumo cuidado, y no temerariamente, debiendo primar en la adopción de este mecanismo en forma primordial el principio de razonabilidad el cual también debe presidir toda actividad estatal⁴⁶.

Pretendemos hacer notar que fundamentar este mecanismo en el interés público no significa el menoscabo de intereses particulares⁴⁷; en efecto, bien se ha sostenido: "...el bien común es aquel del que todos los miembros de una sociedad o comunidad de personas pueden beneficiarse. ... El bien común es, por su misma esencia, un bien en el que pueden y deben participar todos los ciudadanos. No se trata de nada que en sí mismo se ordene únicamente al beneficio de una simple parte, por grado que ésta sea de la sociedad. El bien común es el bien de la sociedad precisamente porque aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros de que ésta se compone"⁴⁸.

En el sentido indicado también se ha señalado que debe evitarse esa oposición interés general- interés particular o por lo menos no exagerarla ya que es de interés general la tutela de los intereses particulares⁴⁹.

Es de destacar que CAJARVILLE, al referirse al fundamento de la extinción de los contratos de la administración, expresó en forma clara y contundente: "El fundamento sustancial de todas esas soluciones doctrinales de la doctrina francesa y del Consejo de Estado, radica en la invocación del interés público que está en juego en los contratos administrativos; la Administración tiene tales potestades -se dice- porque en los contratos que celebra está en juego el interés público. Frente a este argumento hay que afirmar, como lo recordaba el Dr. Durán, que también el respecto a los derechos de los individuos es de interés público. Este no es solo un postulado filosófico y de convicción política, es una solución constitucional del derecho positivo uruguayo; cada vez que la Constitución de la República consagra un derecho y establece que podrá limitarse por ley por razones de interés general, esta partiendo del supuesto de que ese derecho subjetivo es compatible con el interés general y solo dejara de serlo cuando y en la estricta medida en que una ley formal así lo declare limitándolo; está suponiendo en última instancia que el respeto a los derechos de los individuos es coherente con el interés público, que el interés público no exige en principio el desconocimiento de esos derechos, salvo que una ley establezca la necesidad de limitarlos por razones de interés general"⁵⁰.

En consecuencia, el rescate como modo de extinción de la concesión por razones de interés público, deberá ser empleado por la Administración con cautela y prudencia, únicamente cuando así lo prevea el contrato o la ley. En los casos en que el mismo proceda, el interés particular del cocontratante -que es parte del interés público- deberá ser amparado y tutelado por la Administración concedente, como se dirá seguidamente.

D) Indemnización al concesionario: ¿debe ser integral?

El rescate, como modo de extinguir el contrato de concesión, sin que medie incumplimiento alguno por parte del concesionario, debe traer aparejada una indemnización a favor de éste, que resguarde la incolumidad del patrimonio del contratista afectado.

En tal sentido, uno de los principales efectos del rescate de la concesión -que la Administración concedente decidió realizar-, es el pago al concesionario de la indemnización que corresponda, ya que precisamente durante el período de la explotación es en el tiempo en el cual el inversor debe resarcirse del gasto realizado. Es evidente que el concesionario debe ser indemnizado puesto que de lo contrario se cometería un despojo⁵¹.

Sin embargo, los problemas de indemnizaciones pecuniarias a pagar al concesionario, se hallan en primer plano⁵², particularmente en cuanto a su extensión, modo de cálculo, momento de pago y bienes que comprende. Al análisis de estos aspectos se dedicarán los párrafos siguientes.

⁴⁵ DELPIAZZO, Carlos - ob. cit., pp. 301.

⁴⁶ En el particular entendemos que el principio de razonabilidad, por su naturaleza se erige en principio general de derecho, y por tanto piedra sillar en la cual se sustenta el ordenamiento jurídico.

⁴⁷ No se pretende abordar el tema de la relación entre el interés público y el interés privado, el cual podría ser perfectamente objeto de una monografía completa, sino simplemente hacer ciertas referencias al respecto.

⁴⁸ MILLAN PUELLES, Antonio, ob. Cit., pp. 120.

⁴⁹ DURAN MARITNEZ, "Ejecución de los Contratos Administrativos", en Estudios de Derecho Administrativo, Parte General, Montevideo 1999, pp. 271.

⁵⁰ CAJARVILLE, Juan Pablo, "Extinción de los contratos de la Administración", en Contratación Administrativa, Curso de Graduados 1988, A.A.V.V., Montevideo, F.C.U., pp.122.-

⁵¹ DROMI, José Roberto - "Derecho Administrativo" cit., pág. 432.

En primer lugar, en cuanto al **alcance o extensión** de la indemnización a pagar, la doctrina entiende en forma prácticamente unánime que el principio general que debe regir esta materia es el de la reparación integral del concesionario, es decir, “una justa indemnización que deje indemne al concesionario y le asegure, hasta el término asignado a la concesión, el goce de todas las ventajas con las que tenía derecho a contar en virtud del contrato de concesión”⁵³.

Por ende, “la consecuencia de esta extinción por mérito, se admite unánimemente, es una indemnización integral al cocontratante, por el daño emergente y por el lucro cesante”⁵⁴.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con su **modo de cálculo**, se ha entendido que la indemnización para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de protección del derecho de propiedad tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo al plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada⁵⁵.

Así, “un rescate prematuro debe ser más oneroso para el concedente, cuando el concesionario solo ha recuperado una pequeña parte de sus gastos o aun se halla en el período de instalación del servicio, no ha amortizado del todo o solamente ha amortizado una pequeña parte de los capitales invertidos, etc.; las reglas a seguir para la fijación del precio del rescate, no serán las mismas según el momento en que se efectúe el rescate”⁵⁶.

Este precio podrá ser acordado por ambas partes contratantes amigablemente o, en su defecto, lo deberá fijar el juez del contrato a su discreción, siempre que el contrato no fije las pautas para ello.

En caso de existir en el contrato previsión expresa respecto al método de cálculo para alcanzar el monto justo de indemnización o pautas claras para ello, entendemos que las partes y el juez deberán atender a las mismas.

Sin embargo, corresponde destacar que “Cuando la cláusula contractual no está redactada en forma que descarte toda discusión a este respecto, el juez del contrato dará la interpretación que asegure la justa indemnización”⁵⁷.

En tercer lugar, se ha discutido si el **momento de pago** de esta indemnización debe ser necesariamente previo a la rescisión del contrato o no.

Por un lado, CASSAGNE ha sostenido que la eficacia de la rescisión del contrato requiere “que la Administración deposite judicialmente –con carácter previo- el importe del valor objetivo del contrato y los daños que sean una consecuencia inmediata de la revocación (daño emergente y lucro cesante)”⁵⁸. El fundamento de tal afirmación radica en considerar al rescate como una medida típicamente expropiatoria⁵⁹.

Si bien entendemos que en el rescate, al igual que en la expropiación, se hace primar el interés público sobre el derecho de un particular a cambio de una indemnización, no creemos que ello determine la aplicación de un idéntico régimen jurídico a ambos institutos. En efecto, cada uno de ellos posee peculiaridades que exigen un tratamiento distinto.

Por ende, cabe concluir que el carácter previo de la indemnización no es un requisito esencial para que se configure el rescate, dado que esta exigencia no está prevista expresamente por norma alguna, a diferencia de lo que ocurre respecto de la expropiación (art. 32 de la Constitución). En consecuencia, habrá que acudir al principio general que rige esta materia, que como viene de decirse, exige únicamente una reparación integral y justa, no necesariamente previa.

En cuarto lugar, resta por analizar la cuestión relativa a los **bienes comprendidos** en el precio del rescate, es decir, el destino de los bienes de propiedad particular que el concesionario haya vinculado a la ejecución o cumplimiento del contrato.

Al respecto, habrá que distinguir según las partes hayan previsto esta situación en el contrato o no. “Si las partes nada estipularon acerca del destino de tales bienes, es evidente que éstos, al disolverse o extinguirse el vínculo contractual, seguirán perteneciendo a su dueño, es decir al cocontratante. El derecho de propiedad es, por principio, perpetuo, carácter que solo cede por las causas que establezca el derecho objetivo o que las partes señalen en sus convenios”⁶⁰.

⁵² JÉZE, Gastón - “Principios Generales del Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 387.

⁵³ JÉZE, Gastón - “Principios Generales del Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 381. En el mismo sentido ver: SAYAGUÉS LASO, Enrique - “Tratado de Derecho Administrativo Uruguayo”, tomo II, cit., pág. 83; y CASSAGNE, Juan Carlos - “El contrato administrativo”, cit. pág. 97 y 98. En contra ver: COMADIRA, Julio R. - “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1996, pág. 435 y ss; y MARIENHOFF, Miguel S. - “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, en “L.L.”, 1991-C-1080 y ss. Dicho autor llega a eliminar el lucro cesante de la indemnización.

⁵⁴ CAJARVILLE, Juan Pablo - “Extinción de los contratos de la Administración”, cit. pág. 118.

⁵⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato administrativo”, cit. pág. 98.

⁵⁶ JÉZE, Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 378.

⁵⁷ JÉZE, Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, op. cit., pág. 381.

⁵⁸ CASSAGNE, Juan Carlos - “El contrato administrativo”, cit. pág. 98.

⁵⁹ MESTRE DELGADO, Juan Francisco - “La extinción de la concesión de servicio público”, La Ley, Madrid, 1992, pág. 289.

⁶⁰ MARIENHOFF, Miguel S. - “Tratado de Derecho Administrativo”, cit., pág. 559.

En cambio, si el contrato de concesión previó expresamente alguna solución específica ante la situación referida, habrá que estar a lo pactado. En caso de duda, la interpretación del contrato ha de ser a favor de la conservación del derecho de propiedad del contratante, pues todo aquello que implique la pérdida de un derecho es de interpretación estricta, restringida⁶¹.

En el mismo sentido, entre nosotros SAYAGUES ha señalado que “el rescate no alcanza a los bienes de la empresa concesionaria, que la administración deberá comprar, si lo desea, por los procedimientos corrientes. A menos que otra cosa se hubiese pactado en la concesión”⁶².

Por ende, la solución de principio determina que, ante el silencio del contrato o la ley, los bienes afectados a la concesión le corresponden al concesionario, sin que la Administración pueda incautarse o tomar posesión de ellos salvo mediante el procedimiento expropiatorio⁶³.

Sin embargo, creemos que, cuando el contrato nada prevea, el concesionario podrá reclamar, dentro del precio del rescate, la justa reparación de los costos de aquellos bienes adquiridos exclusivamente para cumplir con las exigencias del servicio concedido y cuya funcionalidad esté directamente con la ejecución del contrato. En efecto, si la Administración concedente no opta por comprar o expropiar los mismos, estos gastos deberán ser resarcidos a los efectos de lograr la alegada reparación integral.

E) Reasunción por la Administración

Tal como se expresara en la definición planteada, el último elemento definitorio del rescate consiste en la asunción de la Administración en forma directa de la ejecución o cumplimiento objeto de ese contrato.

En efecto, el propio significado de la expresión rescate nos indica que su contenido es netamente ejecutivo, ya que proviene de la expresión latina “recaptare”, recoger; se trata de recobrar, retomar el servicio u obra, y no de reclamar o solicitar la restitución sino de llevarla a cabo⁶⁴.

Tal característica es consecuencia necesaria de la naturaleza del instituto, en tanto, como se ha señalado, si bien la conceptualización del rescate comienza generalmente planteándose que el mismo es un modo de extinción del contrato de concesión, esto es, analizando el mismo desde sus consecuencias, “lo realmente importante que un enfoque sustancial analiza es que, en realidad se trata de una forma de reorganizar la prestación del servicio público”⁶⁵.

Como señala en tal sentido DROMI, el rescate “es una medida administrativa de reorganización del servicio, destinada a sustituir la ejecución por la concesión directa”⁶⁶, por lo que la Administración no podrá suprimir el servicio rescatado⁶⁷. En este último caso, estaríamos ante una revocación del contrato, y no ante un rescate.

Por otra parte, como consecuencia del propio fundamento del instituto a estudio se ha descartado la posibilidad de que el servicio sea “rescatado” para ser entregado inmediatamente a otro concesionario, sin una previa reorganización, agregándose que “si se entregara a otro concesionario, en las mismas condiciones en que se prestaba anteriormente, estamos en presencia de una desviación de poder evidente”⁶⁸.

IV. Alcance del Rescate

Respecto al alcance del rescate, se han planteado algunas discusiones, tanto desde el punto de vista material como formal.

Desde un enfoque material, se ha cuestionado si el rescate debe comprender todo el servicio u obra pública contratada, o si el mismo puede circunscribirse únicamente a determinados aspectos del objeto del contrato.

MARIENHOFF⁶⁹ y DROMI⁷⁰ entienden que el rescate que se dispusiere con relación a un contrato debe ser total y no parcial, debiendo comprender todo el servicio u obra pública concedidos.

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S. - “Tratado de Derecho Administrativo”, cit., pág. 559.

⁶² SAYAGUÉS LASO, Enrique - ob. cit. pág. 83.

⁶³ CASSAGNE, Juan Carlos - “El contrato administrativo”, cit., pág. 100.

⁶⁴ PRITZ, Osvaldo A.F. - “El Rescate”, cit., pág. 185.

⁶⁵ PRITZ, Osvaldo A. F. - “El Rescate”, cit., pág. 187.

⁶⁶ DROMI, José Roberto - “Derecho Administrativo”, pág. 432.

⁶⁷ En idéntico sentido PRITZ ha señalado que “aún en los casos en que el rescate no es definitivo sino que es provisional, entendemos que se debe proceder a la prestación del servicio. De lo contrario, la figura no es el rescate sino la rescisión unilateral y la nueva contratación”.

⁶⁸ PRITZ, Osvaldo - “El Rescate”, ob. cit., pág. 205.

⁶⁹ MARIENHOFF, Miguel S. - “Tratado de Derecho Administrativo” cit., pág. 577.

Por su parte, JEZE sostiene que la concesión representa un conjunto, en el que se ha tenido en cuenta a todas las partes, al fijarse la remuneración del concesionario; que no es posible privarlo de una parte de la concesión, que puede ser la más ventajosa, y dejarle la parte más onerosa, puesto que su equilibrio financiero se rompería; se pagaría una indemnización al concesionario pero la ecuación financiera no se restablecería fácilmente por ese pago; en definitiva, afirma que todo el mecanismo de la concesión se alteraría con un rescate parcial⁷¹.

Según PRITZ, autor que ha dedicado varios estudios al rescate, no es posible establecer reglas absolutas en esta materia, por la variabilidad del interés público que origina el rescate, inclinándose por admitir el rescate parcial en los casos que dicho interés así lo justifique. Y agrega que en tal caso, el concesionario deberá analizar si la prestación remanente puede ser efectuada en condiciones que signifiquen el mantenimiento de la ecuación económica originalmente contemplada en el contrato de concesión, y si ello no sucediere, tendría derecho a requerir el rescate de la totalidad del servicio concedido⁷².

En nuestra opinión y con la doctrina que niega la posibilidad del rescate parcial, consideramos que la concesión es un conjunto, que así debe ser considerada al fijarse la remuneración del concesionario y a fin de preservar el equilibrio económico de la concesión (se puede romper si se procede a rescatar la parte más rentable). En efecto, creemos que la importancia de los servicios y la entidad de las obras susceptibles de ser objeto de concesión pública, imponen esta solución.

Por otro lado, **desde un enfoque temporal**, algún sector de la doctrina ha admitido que el rescate puede ser temporal, resarciendo el perjuicio económico que pueda sufrir el concesionario⁷³.

Rechazamos de plano esta postura, en cuanto la misma no se condice con la naturaleza del rescate. Como surge de lo expuesto, esta figura constituye un modo de extinción de los contratos de concesión, con fundamento en la reorganización del objeto de la misma para la mejor consecución del interés público. Por ende, operada la misma, el contrato no se suspende temporalmente sino que se extingue.

V. Conclusiones

Como surge de lo expuesto, el rescate constituye una causa anormal de finalización del contrato de concesión específico de las concesiones, que se ubica dentro del género de la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración y se funda en razones de interés público.

Como tal, entendemos que debe ser empleado por la Administración en forma restringida, es decir, cuando:

- a) lo establezca expresamente el contrato o la ley;
- b) se justifique razonablemente en razones de interés público; y
- c) apareje una indemnización integral al concesionario.

Ello obedece a que el régimen de los contratos administrativos no puede ser conceptualizado como un régimen de prerrogativas exorbitantes, cuando en realidad supone equilibrio y colaboración. En efecto, el cocontratante es un colaborador de la Administración. Perseguirá fines distintos desde luego: la Administración un fin público y el particular uno privado, pero no opuestos, de lo contrario no habrá posibilidad alguna de acuerdo. El fin privado coadyuva con el público, y si bien, por el interés público en juego, la Administración posee amplios poderes, esa idea de colaboración se traduce en un equilibrio contractual⁷⁴.

En definitiva, creemos, junto a la doctrina moderna, que debe subrayarse el principio de la **conservación de los contratos de la Administración**, en virtud del cual los mismos no deben interpretarse pro rescisión y pro rescate sino pro vigencia y pro continuidad, admitiendo la posibilidad de renegociación de tales contratos por acuerdo de partes, cuando existan causas justificadas para ello⁷⁵.

⁷⁰ DROMI, José Roberto - "Derecho Administrativo" cit., pág. 432.

⁷¹ JEZE, Gastón - "Principios Generales del Derecho Administrativo" cit., pág. 382.

⁷² PRITZ, Osvaldo A. F. - "Rescate: delimitación y efectos" cit., págs. 62 y 63. El autor cita como ejemplo el art. 4 del Decreto N° 351/92 que dispuso, en el marco regulatorio del servicio público de elevadores terminales de granos (Argentina), que a partir del quinto año de concesión la autoridad concedente pueda revisar y reorganizar el servicio público, pudiendo reducir el porcentaje de operatoria de cada concesionaria por razones de interés público.

⁷³ PRITZ, Osvaldo A. F. - "Los servicios públicos", cit., pág. 203; y DROMI, José Roberto - "Derecho Administrativo, tomo I, cit., pág. 488.

⁷⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto - "Ejecución de los contratos administrativos" en *Contratación Administrativa*. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, pág. 61 y 62.

⁷⁵ DELPIAZZO, Carlos E. - "Renegociación de las tarifas de los servicios públicos concedidos", publicado en el Anuario de Derecho Administrativo (F.C.U., 2004), t. XI, págs. 25 y 26. El autor afirma que la eficacia vinculante de los contratos administrativos conduce a afirmar su *inmutabilidad unilateral de principio*, privilegiando el encuentro de voluntades para revisar lo acordado. Por su parte, *Augusto Durán Martínez* - "Ejecución de los contratos administrativos" en A.A.V.V., "Contratación Administrativa" (F.C.U., Montevideo, 1989), pág. 75 - sostiene que en nuestro Derecho los contratos que celebra la Administración son inmutables y toda modificación o rescisión unilateral sin ley está vedada.

DOS PAÍSES ÁRABES ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: QATAR V. BAHREIN Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

*Dr. José Luis Bruno**

Al amigo,
Embajador Juan José Arteaga

SUMARIO -

I. EL CASO QATAR-BAHREIN. II. LITIGIOS ENTRE PAÍSES DE LA PENÍNSULA ARÁBIGA. III. BREVE HISTORIA DEL CONTENCIOSO. IV. ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. V. LA SENTENCIA DEL 16 DE MARZO DE 2001. 1. LAS CUESTIONES TERRITORIALES. A. ZUBARAH B ISLAS HAWAR. C. ISLA JANAN. 2. LAS CUESTIONES MARÍTIMAS. A. LA LÍNEA DE BASE COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA EQUIDISTANCIA. B. LAS ELEVACIONES DE LA BAJAMAR PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN, SEGÚN LOS MODOS DE ADQUIRIR DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL ? VI. COLOFON.

I. El Caso Qatar-Bahrein.

Las cuestiones de delimitación de límites marítimos y/o territoriales, que en considerable cantidad, han llegado en los últimos años a conocimiento y decisión de la Corte Internacional de Justicia, han ido adquiriendo especial relevancia. El Alto Tribunal ha procurado decidir estos asuntos de acuerdo al Derecho Internacional aplicable, pero dando además cabida importante, a la aplicación a los mismos, del principio de equidad, el que se ha ido desarrollando con notable suceso, en la jurisprudencia reciente de la Corte, en concordancia con su amplio recibo en el moderno Derecho Internacional. Así, v.g., es dable consignarlo en los Casos Camerún v. Nigeria 2002; Eritrea v. Yemen 1998 y 1999; Terranova – Labrador v. Nueva Escocia 2002. Otros importantes casos similares, se encuentran aún a estudio de la Corte, y es de esperar que se continúe con la aplicación de tan delicado principio a esos casos pendientes, contribuyendo con ello una vez más al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La aplicación de este principio de equidad en la delimitación de cuestiones limítrofes territoriales y marítimas, especialmente en estos últimos, ha constituido una importante contribución a procurar el desarrollo sostenido de mares y océanos, implementando lo ya preceptuado por la Convención de Derecho del Mar de NNUU de 1982, lo establecido en la Declaración de Río de 1992, reafirmado por la Declaración del Milenio de NNUU de 2000 y la Declaración y Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo sustentable de Johannesburgo de 2002. Así ocurrió por ej., con el caso Qatar v. Bahrein.

Con fecha 16 de marzo de 2001, la Corte Internacional de Justicia¹ dictó su fallo (General List N° 87) en dicho caso, “Delimitación marítima y cuestiones territoriales” – Méritos -, litigio que le fuera sometido oportunamente en 1991 por el Estado de Qatar. Este Emirato llevó ante el más alto Tribunal internacional el largo contencioso que mantuviera por más de 60 años con su vecino Bahrein, en relación a una disputa relativa a la “soberanía territorial sobre Zubarah, las islas Hawar, Janan, Qit al Jaradah y Fasht ad Diba”, así como en materia de frontera y delimitación marítima entre ambos. La CIJ pronunció su fallo 10 años después

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ex Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Embajador del Uruguay en la República Árabe de Egipto (1991-1996) y en el Reino de Arabia Saudita (1998-2004).

¹ En adelante, CIJ.

de que el contencioso le fuera sometido, en una sentencia redactada en idiomas inglés y francés, de 63 páginas, una de las más largas de la historia de la Corte y con un proceso también, de los más extensos en casos incoados ante el Alto Tribunal.²

En esta sentencia interesan señalar, en especial algunos aspectos procesales de la complicada actividad que desarrolló la Corte, antes de dictar su fallo definitivo. En efecto, fueron necesarias dos sentencias previas para resolver la excepción de competencia y admisibilidad, que fuera planteada ante la CIJ por Bahrein. La CIJ utilizó un procedimiento verdaderamente original: previamente adoptó una decisión para constatar su competencia e invitar a las Partes a someterle la totalidad del conflicto y luego adoptó otra decisión, tomando nota de la ampliación del objeto de la controversia y resolviendo, a su vez, la cuestión preliminar.

Por sus decisiones de 1 de julio de 1994 y de 15 de febrero de 1995, la CIJ halló "mérito" para su intervención en el caso. Estas sentencias interlocutorias, al decir de López Martín³, "han constituido una aportación fundamental al derecho de los tratados, al consagrar en derecho positivo un nuevo modo de celebración de los tratados, como son unas "Actas" o "Minutas" de una reunión", que fueron acuerdos originales entre las Partes y que la CIJ valoró con ese alcance⁴, y le dieron mérito a su intervención.

II. Litigios entre países de la Península Árábica.

Las relaciones políticas entre los Estados del Golfo Pérsico, han estado tradicionalmente jalonadas por frecuentes crisis y hasta por guerras. El mayor número de crisis y conflictos en el área ha estado casi siempre motivado por razones de orden económico y desencuentros fronterizos.

Homogeneizados estos países totalmente en materia étnica (con la excepción de Irán) y religiosa (Islam, mayoritariamente sunnita pero también con presencia shí'ita) y con muy escasos matices en cuanto a formas de organización política, los Estados de la Península Árábica, nucleados actualmente (con excepción de Yemen) en el Consejo de Cooperación del Golfo, no habían podido, sin embargo, lograr esa misma uniformidad, cuando de temas económicos y, en especial de cuestiones fronterizas y de límites, se trataba. Así, desde que el Reino Unido – antigua potencia "protectora" en la zona – se retirara definitivamente del área hacia 1970, los conflictos fronterizos entre estos países árabes, proliferaron en abundancia, aún cuando no hayan llegado en la mayoría de los casos, a la etapa armada y al efectivo enfrentamiento militar.

Siempre se ha señalado, que la fuente primaria de todos esos conflictos fronterizos y de soberanía, con su secuela de reivindicaciones y posteriores contrareivindicaciones y eventuales conflictos armados, "c'est la faute des anglais". Es que, en el momento de retirarse el Reino Unido de la Península Árábica, no quedaron bien trazados ni definidos claramente los límites fronterizos de los nuevos países que accedían, entonces, a su recién inaugurada independencia, no obstante los Acuerdos formales concluidos entre ellos y la antigua potencia "protectora". Esto, sin duda, constituyó una fuente de incertidumbre jurídica, que provocó en más de una ocasión a través de los años, estallidos de conflictos entre países vecinos, a los cuales además, debían agregarse las especiales características y riquezas que la zona presenta: petróleo y gas natural en abundancia.

El más conocido, grave e importante conflicto armado reivindicatorio de soberanía, aunque sin desconocer en él, los importantes componentes de posesión de riqueza petrolera, lo constituyó, sin duda, la invasión de Iraq a Kuwait en agosto de 1990 y la posterior guerra – "Tormenta del Desierto" – en el invierno boreal de 1991. Esta "Tormenta del Desierto" pareció, sin embargo, haber servido en cierta forma a los países árabes como una luz roja positiva y de atención, para que luego de ese conflicto armado se pusieran seriamente a negociar sobre los diversos problemas fronterizos y de soberanía que los enfrentaban, evitando en la medida de lo posible, para el futuro, nuevas confrontaciones armadas.⁵ Signos de pragmatismo parecieron haber surgido entonces, entre los países árabes de la península.⁶ Largas negociaciones lograron reunir a los "her-

² Se trató de un proceso innovador y como la propia sentencia lo señala, no exento de dificultades. Por ej., baste señalar que ambas Partes debieron elegir nuevos jueces ad hoc, durante el curso del proceso por diferentes motivos. El fallecimiento del Juez J. M. Ruda en julio de 1994, obligó a Qatar a designar a un nuevo Juez ad hoc, en la persona del Juez Torres Bernárdez. Y lo mismo le ocurrió a Bahrein, que ante dimisiones de sus jueces ad hoc, Valticos en 1995, y Shahabuddeen en 1997, debió nombrar finalmente a Y. Fortier. Sobre revisión de sentencias internacionales, véase Paolillo, F: La revisión de las sentencias internacionales en Liber Amicorum en homenaje al Prof. Didier Operti Badan – Montevideo 2005.

³ López Martín, Ana Gemma: "El asunto relativo a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein – Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 16 de marzo de 2001 – en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 54 – Año 2002.

⁴ Véase Parágrafo N° 8, Sentencia 16.03.2001.

⁵ La "Tormenta del Desierto" trajo, además, a la península árabe y al área toda, gran presencia occidental con serias implicancias religiosas para los radicales islámicos, como se vería claramente en años posteriores.

⁶ MENDELSON, M.: "The Curious case of Qatar v. Bahrein in the International Court of Justice", en British Year Book of International Law – Vol. 72 – Año 2002.

manos árabes” del Golfo Pérsico alrededor de la mesa y finalmente, en general, se lograron resultados positivos.

Actualmente, el único conflicto de soberanía existente en el área, lo tienen los Emiratos Árabes Unidos, con un Estado islámico no árabe – Irán – por la soberanía sobre las tres islas conocidas con los nombres de Abu Mussa, Greater y Lesser Tumb.⁷ En cambio, en 1994, Ras el Kaima y Oumm el Qaiwaib, dos de los Estados miembros de Emiratos Árabes Unidos, fueron de los primeros, luego de la guerra del Golfo de 1991, en solucionar bilateralmente sus diferencias fronterizas. También el Iraq de Saddam Hussein había aceptado la decisión de Naciones Unidas, que delimitó finalmente, sus fronteras litigiosas con Kuwait, creando la UNIKOM, fuerza multinacional de paz, que Uruguay integró desde sus inicios.

Por su parte, el Reino de Arabia Saudita, en el año 2000, mediante negociaciones también bilaterales, regló su largo litigio fronterizo con su vecino Yemen – 1350 kilómetros de fronteras – aún cuando este acuerdo no ha llegado a ser implementado totalmente en su forma material. En ese camino de sensatez y pragmatismo que recorrieron los países árabes después de la “Tormenta del Desierto”, el Reino de Arabia Saudita logró con su vecino Qatar, un Acuerdo sobre algunos puntos en litigio en la extensa frontera terrestre – desértica – que los separa y lo mismo hizo con otro de sus vecinos – Kuwait – sobre cuestiones de soberanía en aguas del Golfo Pérsico. Pero el caso más interesante y controvertido, fue la compleja disputa, por cuestiones territoriales y marítimas, existente entre los Estados de Qatar y Bahrein, que llegó hasta la Corte Internacional de Justicia.⁸

III. Breve historia del contencioso.

Los Emiratos (reinos) de Qatar y Bahrein, ubicados en la parte meridional de la península arábiga, en el Golfo Pérsico, se independizaron en 1971. Anteriormente, Bahrein había sido un Protectorado Británico, cuyo status formal lo constituían diferentes tratados de paz y amistad suscritos por el Reino Unido con los sucesivos gobernantes de Bahrein en 1861, 1869, 1880 y 1892. Igualmente Qatar – un gran promontorio en la costa oeste del Golfo Pérsico en la península arábiga – había, entre los años 1916 y 1971, sido un Protectorado Británico, de acuerdo a un tratado suscrito por ambos países en 1916. Anteriormente, entre los años 1870 y 1916, Qatar había estado “de facto” bajo el control del Imperio Otomano debido a la presencia en Doha de un pequeño ejército imperial turco, aunque el ejercicio efectivo del gobierno de Qatar, lo realizaba el Sheik Jassim Al Thani, designado Gobernador por las propias autoridades otomanas.⁹

Previo a 1870 serios disturbios se habían producido en Qatar, entre habitantes de este Emirato y de Bahrein, llegando a enfrentamientos armados, lo que hizo que debiera actuar el Gobierno Británico y en 1868, el Comisionado Político inglés Sir Pelly, estableció dos acuerdos con Bahrein y Qatar, para devolver la paz y el buen relacionamiento entre ambos. Es interesante destacar, por la importancia que estos sucesos tendrán en las argumentaciones legales posteriores ante la CIJ, que Qatar fue obligada a pagar sumas de dinero a Bahrein por los hechos ocurridos. Fueron éstos, actos considerados por Bahrein como manifestación explícita de pérdida de independencia de Qatar o sumisión de ésta, ante Bahrein.

Otros aspectos importantes del contencioso sobre el cual se pronunció la CIJ, y que tiene también que ver con antecedentes de la compleja y enmarañada relación bahreiní-qatarí, fue la disputa territorial mantenida por las islas Hawar y Zubarah, que encuentran su razón de ser, en sucesos también ocurridos en el pasado, así como con la cuestión de la delimitación marítima entre ambas. Éste último punto de conflicto, se encuentra en la llamada Decisión Británica de 1947, por la cual se decidió – tanto para Qatar como para Bahrein – que la línea divisoria fuera la que el Gobierno de Su Majestad Británica consideraba debía separar el lecho marítimo entre ambas, de acuerdo con principios de equidad.

⁷ Desde la reunión de la Conferencia Islámica de Doha, Qatar, en 2001, y repetido en años sucesivos, al margen de las reuniones habituales de dicha Conferencia, se reúnen las Delegaciones de Irán y E.A.U., para tratar bilateralmente cada vez, la cuestionada soberanía sobre las tres islas que detenta actualmente Irán desde 1971, al retiro del Reino Unido de la región. Teherán ha rechazado desde entonces, la posibilidad de “devolver” (si es que corresponde) la soberanía de las islas a Abu Dabi, así como se niega a someter el litigio a la jurisdicción de la C.I.J., insistiendo y alegando que dichas islas en el sur del Golfo Pérsico, son incuestionablemente territorio iraní. Desde 1995, Irán viene reforzando su presencia, en todos los órdenes, en especial en Abu Mussa.

⁸ EVANS, M.: “Case concerning maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrein (Qatar v. Bahrein)” en *The International and comparative Law Quarterly*, Vol. 51, Año 2002.

SALMON, J. Y SINCLAIR, I.: “Special Features of the Qatar v. Bahrein Case before de I.C.J. en *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*” Vol. II, Nápoles 2004.

⁹ Los gobernantes de Qatar en nuestros días, continúan perteneciendo a la familia Al Thani.

IV. Ante la Corte Internacional de Justicia.

Atento a los conflictivos sucesos y antecedentes históricos, durante muchos años se trató – en especial por el lado de Qatar – de llegar a acuerdos negociados con su vecino Bahrein: negociaciones directas entre ambas partes; buenos oficios del Gobierno Británico; mediación del Rey de Arabia Saudita desde 1976 en adelante. Estos esfuerzos negociadores plasmaron en algunos progresos ocasionales especialmente en la controvertida cuestión de Zubarah¹⁰, pero no se alcanzó a lograr un acuerdo general, sobre todos los asuntos en disputa.

El tortuoso y sostenido proceso de mediación saudita (1976-1991), llevado a cabo por el Rey Khaled y a su muerte continuado por el Rey Fahd, no llegó a buen término emergiendo una cierta sospecha qatarí, en el sentido de que su poderoso vecino no era del todo lo imparcial que deseaban, inclinándose – aparentemente – hacia Bahrein. A partir de 1976, en que tuvo inicio esa mediación – también calificada de “buenos oficios” – por parte del Rey Khaled de Arabia Saudita, la misma logró como primer resultado la aprobación en 1983, de un documento calificado como “Principios que sirvan para lograr un acuerdo”. Pero la persistencia del litigio obligó al Rey de Arabia Saudita – ahora el Rey Fahd – a formular en 1987 nuevas propuestas, entre las que se incluía, someter la cuestión a la CIJ. Dichas propuestas – señala la propia sentencia – fueron aceptadas por “Cartas” de fechas 21 y 26 de diciembre de 1987 por los propios Jefes de Estado de Qatar y Bahrein. También fue aceptada por ambos, la Declaración Saudita del 21 de diciembre de 1987, por la que se proponía la creación de una Comisión Tripartita encargada de elaborar las condiciones para la puesta en práctica de este sometimiento a la Corte, conforme a los principios aprobados en 1983. Esta Comisión, no llegó a ningún resultado acerca de la cuestión a plantear a la CIJ, ni tampoco sobre el procedimiento a utilizar a esos efectos.

No obstante, en esas reuniones – 6 en total – Bahrein propuso una fórmula, conocida como la “formula bahrenita”, por la que se propiciaba que “las Partes requirieran a la Corte decidir sobre cualquier asunto de derecho territorial o cualquier otro asunto que pueda ser materia de disputa entre ellas y establecer un único límite entre sus respectivas áreas marítimas del lecho marítimo, subsuelo y aguas subyacentes”.

En 1988, Qatar rehusó suscribir la “formula bahrenita” por vaga e insuficiente, pero dos años después en el transcurso de la reunión anual del Consejo de Cooperación del Golfo – ese año en Doha – decidió aceptar la antes cuestionada “fórmula”, lo que fue consignado en Actas firmadas por los tres Ministros de Relaciones Exteriores: Arabia Saudita, Qatar y Bahrein. Asimismo en ellas, se solicitaba al Rey Fahd, la continuación de sus “buenos oficios” hasta el 15 de mayo de 1991, fecha de expiración del plazo para someter el diferendo a la CIJ. En el tiempo intermedio, ocurrió la “Tormenta del Desierto”...

El 8 de julio de 1991, Qatar introdujo una instancia ante la CIJ contra su vecino Bahrein, en virtud de lo establecido en los “tratados” de 1987 y 1990, y cuyo objeto y alcance acerca de la competencia de la Corte, venían determinados previamente por la llamada “fórmula bahrenita”, que finalmente Qatar había aceptado en 1990.

Era la primera vez que un Estado árabe iniciaba unilateralmente el procedimiento ante la Corte, pero basándose en un “acuerdo” bilateral adhoc concluido por las Partes. Bahrein cuestionó la competencia de la CIJ por Notas de 14 de julio y 18 de agosto de 1991, sosteniendo que los textos invocados por Qatar no constituían “tratados” en el sentido del Art. 36.1 del Estatuto de la CIJ.¹¹

Incoada esta excepción de competencia y admisibilidad por parte de Bahrein, la CIJ dictó el 1 de julio de 1994 su primera sentencia en este caso. La Corte sostuvo entonces, que los canjes de “Cartas” (Notas) realizadas en 1987 entre el Rey Fahd de Arabia Saudita y el Emir de Qatar, y entre el Rey saudí y el Emir (hoy Rey) de Bahrein, así como el documento denominado “Acta”¹² firmado en Doha en 1990 por los Cancilleres de Bahrein, Qatar y Arabia Saudita, “constituyen todos ellos verdaderos acuerdos internacionales” y por los mismos, las Partes se comprometieron a someter al juicio de la CIJ, la totalidad de la controversia que los enfrentaba, tal como recogía la “fórmula bahrenita”.

Señala López Martín – acertadamente – que “creemos necesario reseñar, no sólo la importante innovación que suponen estas nuevas formas de celebración de tratados internacionales, sino que el Tribunal ha aplicado un acuerdo, que no había sido registrado como tal en la Secretaría de Naciones Unidas”.¹³ Parece

¹⁰ Véanse los párrafos N° 59, 62 y 63 de la sentencia de la CIJ de 16.III.2001, págs. 20 y 22.

¹¹ Art. 36.1: “La competencia de la Corte se extiende a todos los asuntos que las Partes le sometan, así como a todos los casos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones en vigor”.

¹² Véase, supra presente trabajo.

¹³ LOPEZ MARTÍN, A.G.: op. cit pág. 147.

claro, que de acuerdo al Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, dicho tratado no habría podido ser invocado ante la Corte, ni servir de fundamento – como ocurrió – para invocar competencia.¹⁴

Siguiendo lo expuesto detalladamente en la propia sentencia de 16.03.2001, la Corte, teniendo ante sí solamente la demanda de Qatar, decidió conceder a las Partes la oportunidad de someter a su consideración, la totalidad de los asuntos litigiosos que enfrentaban a Qatar y Bahrein (no a Qatar v. Bahrein). Esto era una verdadera “ultra petito”: la Corte concedía más de lo que se pedía – Verdadera innovación también. El 30 de noviembre de 1994, Qatar presenta en la Secretaría, un documento titulado “Acta de cumplimiento de los incisos 3) y 4) del párrafo 41 de la parte dispositiva del fallo de la Corte de fecha 1 de julio de 1994”, en el cual se hace referencia a la falta de entendimiento con Bahrein y se enumeran los objetivos a los que – a juicio qatarí – se extendería la competencia de la Corte: islas Hawar, incluida la isla de Janan, Fasht ad Dibal, y Qit’al Jaradah, las islas archipelágicas, Zubarah y las zonas de pesca de peces y perlas y cualesquiera otras cuestiones relacionadas con fronteras marítimas.

También Bahrein depositó en la misma fecha en la Secretaría, un documento bajo el título “Informe del Estado de Bahrein a la CIJ sobre las actividades de las Partes en cumplimiento del fallo de la Corte de 1 de julio de 1994” en el que afirmaba que, según la citada sentencia, la sumisión a la Corte de la “totalidad de la controversia” debía ser de carácter consensual y bilateral. Bahrein volvería a insistir ante la Corte, por Nota de 5 de diciembre de 1994, que la solicitud individual de Qatar, no podía sentar la competencia de la Corte o constituir una sumisión válida, sin su consentimiento.¹⁵

La sentencia de 1 de julio de 1994 determinó los elementos de competencia de la CIJ. “By a judgement of 15 February 1995, the Court found that it had jurisdiction to adjudicate upon the dispute between Qatar and Bahrain which had been submitted to it; that it was now seised of the whole of the dispute; and that the Application of the State of Qatar as formulated on 30 november 1994 was admissible”. Se fijaron entonces, los elementos materiales del contencioso en los términos del documento qatarí de 30 de noviembre 1994 y según la Corte, el Acta de Doha, permitía la sumisión unilateral de la controversia a su jurisdicción. El Acta de Doha era para la CIJ, un “tratado” y por lo tanto, susceptible de ser interpretado según los criterios recibidos por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969.

La Corte asumió así, competencia para conocer **en totalidad** del litigio y decidir luego en consecuencia, la larguísima controversia que quedó definitivamente juzgada por la sentencia del 16 de marzo de 2001, que pareció constituir una transacción sobre las materias que le fueron sometidas.

V. La Sentencia del 16 de marzo de 2001.

La CIJ finalmente asumió jurisdicción y laudó, en un caso que presentaba una enorme complejidad por sus antecedentes, situaciones de hecho y de Derecho así como por sus propias condiciones y aspectos geográficos, que lo volvían realmente complicado. Dos países árabes del Golfo Pérsico, por vez primera, salían del ámbito regional de toma de decisiones árabes y acudían – sometiéndose – a una instancia jurisdiccional internacional.¹⁶

El Derecho Internacional – visto en el área siempre como “Derecho occidental” – entraba en la península arábiga, donde ningún método de reglamentación pacífica de controversias, así como una eventual y ulterior apelación al órgano máximo jurisdiccional, salvo en la propuesta saudita de 1987, habían sido jamás puestos en práctica.

En el párrafo N° 252 de la Sentencia¹⁷, la Corte falló:

- por unanimidad, que Qatar tiene la soberanía sobre Zubarah y el bajío de Fasht ad Dibal;

¹⁴ Art. 102.2 Carta de Naciones Unidas: “2. Ninguna Parte de un tratado o acuerdo internacional que no hubiera sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 del presente Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante un órgano de la Organización”, y según este mismo Artículo en su párrafo 1, establece que “todo tratado o acuerdo internacional concluido por un miembro de Naciones Unidas después de la entrada en vigor de la presente Carta, será lo antes posible, registrado en el Secretariado y publicado”.

¹⁵ “By a letter of 5th december 1994, the Agent of Bahrein indicated that “the Qatari Separate Act... cannot create [the jurisdiction of the Court] or effect a valid submission in the absence of Bahrein’s consent””.

¹⁶ Es interesante señalar que en 1985, la CIJ falló en otro caso que involucraba y era Parte, un Estado árabe: Libia. Pero el otro Estado no era árabe: Malta.

¹⁷ Párrafo N° 252, pág. 61, Sentencia 16.03.2001.

Véase, en especial: GUILLAUME, Gilbert: *La Cour Internationale de Justice à l’aube du XXI^{ème} siècle*, 2003; KWIATKOWSKA, B.: *The Qatar v. Bahrein Maritime Delimitation and Territorial Questions Case*, 3 IBRU Maritime Briefing (2003) N° 6 at <http://www-ibru.dur.ac.uk/pubs/mb.html>.

- por doce votos contra cinco, que Bahrein tiene la soberanía sobre las islas Hawar y la de Qit' al Jaradah;
- por trece votos contra cuatro, que Qatar tiene soberanía sobre la isla de Jarran.
- por trece votos contra cuatro, que el límite marítimo único que divide las diferentes zonas marítimas de Qatar y Bahrein, debe trazarse según se indica en el Parágrafo N° 250 de la Sentencia.

Las alegaciones de las Partes así como la sentencia misma, comienzan por los asuntos de carácter territorial que confrontaban a ambos Estados del Golfo Pérsico.

1. Las cuestiones territoriales.

A. Zubarah

El primero de los problemas de carácter territorial planteado ante la CIJ, fue la cuestión de la soberanía sobre Zubarah, región situada al noroeste de la península de Qatar.

Bahrein alegó en la reivindicación a su favor, la existencia de un título histórico, cuyo origen se remontaba a la ocupación efectiva por los Al Khalifa, gobernantes de Bahrein (hasta hoy) en 1760.

Cuando los Al Khalifa se trasladaron a Bahrein con su gobierno, designaron un gobernador para la provincia de Zubarah. En el siglo XIX, la ciudad de Zubarah cayó en una evidente declinación, siendo casi totalmente destruida por los Al Thani, gobernantes de Qatar, y evacuada luego de una intervención británica en 1895. Bahrein ha sostenido que Zubarah permaneció bajo la autoridad y soberanía bahrení, explicitando además, que el Reino Unido siempre había considerado que Bahrein era la entidad jurídica que tenía derecho de soberanía sobre Zubarah.

También Bahrein ha sostenido que, en 1937, el gobierno de Qatar trató de imponer un sistema impositivo a la tribu Naim, a la que se consideraba representante de Bahrein en Zubarah, y que después de arduas negociaciones en las que tomó parte directamente el gobierno de Bahrein con el de Qatar, las mismas fracasaron. La "agresión" de Qatar – según Bahrein, contra Zubarah fue un uso ilegal de la fuerza, por lo cual no puede considerarse que la misma genere derechos legítimos. La ocupación real y material (física) de Zubarah desde 1937 por Qatar – sostuvo Bahrein – no otorga títulos válidos de soberanía a ésta, en el área.

Qatar presentó un cuadro totalmente diferente sobre la historia de Zubarah y su actuación allí. Qatar sostuvo que la ciudad de Zubarah, si bien fue destruida en 1878 por el Sheik Jassim bin Al Thani, gobernador de Qatar, lo fue porque desde allí se cometían actos de piratería, pillaje y violencia. Asimismo, Qatar negó firmemente que la familia gobernante de Bahrein continuara gobernando Zubarah durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX, a través de miembros de la tribu Naim. Qatar invocó sucesos de 1867/68 y en particular, los términos del Acuerdo del 6 de setiembre de 1868 celebrado entre el Residente Político Británico (entonces con sede en Persia) y el Jefe del Estado de Bahrein, por el cual Bahrein reconocía no tener derechos de soberanía sobre la península de Qatar en general y sobre Zubarah en particular.

Por otro lado, de acuerdo con lo expuesto por Qatar, Gran Bretaña le había reconocido siempre sus títulos de soberanía sobre Zubarah.¹⁸ Sobre el punto, Qatar se particularizó en que el texto de la Convención Anglo/Otomana de 29 de julio de 1913 (no ratificada) en su Art. 11, estipulaba – inter alia – que la península de Qatar continuaría siendo, como en el pasado, gobernada por el Sheikh Jassim bin Sami y sus sucesores y que el Tratado Anglo/Otomano de 9 de marzo de 1914 (ratificado) así como el Tratado Anglo/Qatarí de 3 de noviembre de 1916, reconocieron todos, la soberanía de Qatar sobre **toda** la península.

Por último, Qatar explicó a la CIJ que en 1930, su principal preocupación en Zubarah fue proteger sus fronteras, la imposición de impuestos y la seguridad interior alterada frecuentemente por integrantes de la tribu Al Naimi que contaban con el apoyo explícito de Bahrein.

Qatar consideró que se trataba de problemas internos bajo su jurisdicción y soberanía. Gran Bretaña – según Qatar – le reconoció soberanía sobre Zubarah en 1937, cuando se negó a proveer asistencia y apoyo a Bahrein para actuar en Zubarah. Bahrein, tampoco había realizado actos administrativos ni de soberanía sobre el área desde 1868.

Cuando la CIJ debió juzgar sobre este punto, encontró que el Acuerdo de 1868, demostraba que el Reino

¹⁸ KOHEN, M.G.: Les questions territoriales dans l'arrêt de la CIJ du 16 mars 2001 en L'affaire Qatar c. Bahrein en Revue Generale de Droit International Public, Vol. 106, 2002.

Unido nunca hubiera tolerado intento alguno por parte de Bahrein, de entablar reclamos o acciones militares sobre Zubarah, así como que el Gobierno bahreiní nunca estuvo en posición de comprometerse en actos directos de autoridad en Zubarah.¹⁹

Resulta oportuno destacar asimismo, la aceptación que hizo la Corte de un tratado no ratificado. En efecto, la Corte se basó en el art. 11 de la Convención Anglo/Otomana del 29 de julio de 1913 (no ratificada por las Partes) como evidencia de la soberanía de Qatar sobre toda la península qatarí (incluyendo Zubarah). En un muy interesante párrafo de la sentencia, la Corte observaba que: "... firmados aunque no ratificados, los tratados pueden constituir una correcta expresión de entendimiento entre las Partes en el momento de la firma de los mismos".²⁰

La CIJ concluyó así, que la Convención Anglo/Otomana de 1913 constituyó una evidencia fáctica del poder del gobierno Al Thani sobre Qatar, argumentando además que la Convención Anglo Otomana de 1914 se refería expresamente a su antecesora de 1913, lo que demostraba que las dos Partes en la última Convención (1914) "... no contemplaban ninguna autoridad en toda la península que no fuera la de Qatar".²¹

Por todas estas razones, la CIJ concluyó que Qatar tenía única soberanía sobre Zubarah.²² Parecería que, el título que determinó la atribución de la soberanía en este caso, se basó en las efectividades desarrolladas por Qatar sobre el territorio, aunque no fueron los únicos elementos que tuvo en cuenta la CIJ.

El título consolidado a favor de Qatar sería no sólo la prueba de posesión qatarí sobre Zubarah, sino también y en especial, el reconocimiento de su soberanía que hicieron oportunamente, tanto el Reino Unido como el Imperio Otomano. **Se está admitiendo en singular decisión por parte de la CIJ**, la prueba de que el reconocimiento de soberanía por parte de terceros Estados – en el caso Reino Unido e Imperio Otomano – consolida el título posesorio. Gran Bretaña ejercía el "protectorado" en la zona, aunque según el Derecho Internacional, el Estado "protector" carece de competencias territoriales, pero no se puede dudar de que el peso de sus decisiones en la especie, era de un valor indiscutible.

B. Islas Hawar.

La cuestión de la soberanía sobre las islas Hawar, fue uno de los problemas más serios que debió abordar la CIJ en este litigio. Principal escollo y casi motivo de ser, de la sentencia misma. La razón de ello radicó en aspectos geográficos e históricos. Geográficamente, las islas Hawar se encuentran al oeste de la península de Qatar, "... es claro que las islas Hawar tienen una muy estrecha conexión con el territorio qatarí y que cada una de esas islas, se encuentran más próximas a Qatar que al territorio bahreiní, estando en su mayoría dentro de las 3 millas náuticas del mar territorial ...".²³

Qatar sostuvo que sus pretensiones sobre las islas Hawar, tenían por fundamento: a) título originario y b) principio de proximidad y unidad territorial. Asimismo, según explicita la misma sentencia que se comenta, Qatar agregó una importante cantidad de mapas de los siglos XIX y XX, en los que las islas Hawar aparecen formando parte de Qatar.

Bahrein, por su parte, argumentó para su reivindicación de las islas Hawar: a) efectividad de soberanía; b) Decisión del Reino Unido y c) aplicación del *uti possidetis juris*.

Según Bahrein, ejerció soberanía sobre las islas Hawar durante los dos últimos siglos, de forma continuada e ininterrumpida, presentando prueba de actos que demuestran ejercicio efectivo y verdadero de potestad soberana. Bahrein, asimismo, apoyó su postura de soberanía en la "Decisión Arbitral" y por lo tanto "cosa juzgada" (*res judicata*) en cuanto ésta estableció que las islas pertenecían a Bahrein y no a Qatar. Bahrein sostuvo la vigencia del principio del *uti possidetis juris* como aplicable en el caso, lo que le confirmaría el título de soberanía sobre las Hawar a Bahrein. No hay duda, de que para emitir su sentencia del 16 de marzo de 2001, la Corte se vio enfrentada – especialmente en el ítem de las Islas Hawar – a enormes problemas fácticos y jurídicos.

El párrafo N° 114 de la sentencia en análisis establece: "La Corte observa que en el presente caso no existió acuerdo entre las Partes para someter su contencioso a un tribunal arbitral constituido por jueces electos por ellos, quienes juzgarían de acuerdo a Derecho o *ex aequo et bono*. Las Partes solamente habían

¹⁹ Párrafo N° 84, Sentencia 16 de marzo de 2001, pág. 26.

²⁰ Párrafo N° 89, Sentencia 16 marzo 2001, pág. 26.

²¹ Párrafo N° 91, Sentencia 16 marzo 2001, pág. 27.

²² La historia de los reclamos bahreiníes así como del conflicto in extenso, son analizados detenidamente en la propia sentencia de 16 marzo 2001.

²³ Párrafo N° 99, Sentencia de 16 marzo 2001.

acordado que la cuestión sería decidida por el Gobierno de Su Majestad, dejándole la facultad de determinar, cómo llegaría a una decisión, y en que forma. De acuerdo a esto fue que, en 1939, el Gobierno Británico determinó que las Islas Hawar pertenecían a Bahrein. Tal decisión no constituyó una sentencia arbitral internacional.”

Sobre el título – decisión británica de 1939 a la que la CIJ le otorgó un valor fundamental y casi excluyente – señala López Martín otra vez, con todo acierto²⁴: “Efectivamente, es la decisión británica de 1939, la que proporciona a la CIJ el argumento para decidir la atribución de las islas Hawar a Bahrein. Para ello, la CIJ comienza por examinar la naturaleza y validez de la misma. Respecto del primer punto, entiende el Tribunal que no es una sentencia arbitral por no reunir los elementos constitutivos de ésta: no ha sido decidida por jueces elegidos por las Partes, ni sobre la base del respeto al derecho”. Continúa la distinguida profesora española: “Esto no significa que dicha decisión esté desprovista de efectos jurídicos. Por ello, el Tribunal examina los hechos anteriores y posteriores a la misma. De dicho examen concluye que **existe consentimiento** por parte de Qatar y Bahrein a confiar al gobierno británico la tarea de examinar contradictoriamente sus pretensiones respecto a las islas según se desprende de los canjes de cartas de 1938 – 1939 entre ambos, careciendo de efecto la posterior protesta de Qatar a la decisión”.²⁵

La CIJ – como se señaló ut-supra – destaca que no se trató de una sentencia arbitral, por lo que entiende que no son de aplicación en la especie, las reglas que regulan la validez de las sentencias arbitrales. La CIJ concluyó, que la decisión británica del 11 de julio de 1939 en análisis, tenía carácter **obligatorio** para las Partes, constituyendo título jurídico para Bahrein.

Título jurídico tal vez; título perfecto, admite dudas. Leyendo detenidamente la extensa sentencia de 16.03.2001, se advierten las dudas que a ese propósito – validez de la decisión británica – tuvieron los magistrados intervinientes.

Muchos de ellos han calificado en sus votos discordes, e incluso en alguno afirmativo, a la decisión británica como “resultado de una maniobra dolosa” (Jueces Bedjaoni, Ranjeva y Koroma); de “coacción y defectos de procedimiento” (Juez Torres Bernardez) o que “sólo se valida en combinación con el *uti possidetis juris*” (Juez Vereshechetin).

El hecho es que, respecto de la adjudicación a Bahrein de la soberanía sobre las islas Hawar basándose casi exclusivamente en la decisión británica de 1939, plantea dudas y engendra la idea de que sólo un exceso de formalismo llevó a la Corte a tal decisión en desmedro de otros elementos, que unidos tal vez a la decisión británica, hubieran podido “perfeccionar” el título jurídico o incluso alcanzar otra solución diferente. Se trataba de un conflicto territorial y por tanto, era necesario la **búsqueda del mejor título**.

Sin duda que las críticas a la sobrevaloración que de la “decisión británica” hizo la Corte, no obstante, no invalidan las resultancias finales. Los títulos “históricos”, la cartografía o la proximidad de las islas al territorio continental esgrimidos por Qatar, no podían constituir por sí, títulos autónomos y su valor se hace depender siempre del acompañamiento de posesión efectiva. Aquí es donde la posición qatarí resultó débil: no pudo presentar prueba alguna de ejercicio efectivo (efectividades) de soberanía sobre las islas Hawar; únicamente sobre la península por lo que ostentó solo **títulos incoados**.

Bahrein ofreció título superior al de Qatar: ejercicio efectivo de actos de soberanía en las islas Hawar. Pocos, aislados, pero con todo, superiores a los de Qatar.

C. Isla Janan.

El problema de la pequeña isla Janan (700 metros de largo y 175 de ancho aproximadamente) comienza por ser de tipo “geográfico”, en cuanto a una diferente concepción acerca de su configuración, por parte de Qatar y de Bahrein.

Qatar considera que junto con Hadd Janan, ambas conforman una sola isla independiente; en cambio para Bahrein se trata de dos islas distintas y separadas, que forman parte del grupo de las islas Hawar.

En la lectura de la sentencia, se puede apreciar para la isla Janan, una reiteración, en general, de los argumentos que ambas Partes hicieron para las islas Hawar, pero en este caso fue Qatar quien afirmó y dio especial validez a la “decisión británica” de 1939. En efecto, en ella (en la decisión británica) no se mencionó expresamente a Janan como parte de las islas Hawar, atento a que se trata de una entidad independiente y en

²⁴ LÓPEZ MARTÍN, A.G.: Op. Cit. en Revista cit pág. 151.

²⁵ Parágrafos N° 118 y 135, Sentencia de 16 marzo 2001, págs. 33 y 37.

consecuencia, no pertenece a Bahrein. Reforzando esta interpretación, Qatar presenta otra “decisión británica”, la de 1947 sobre delimitación de fondos marinos, en la que expresamente se establece que la isla Janan no forma parte del grupo Hawar.

La CIJ concluyó en la soberanía de Qatar sobre Janan: “165. Having regard to all of the foregoing, the Court cannot accept Bahrain’s argument that in 1939 the British Government recognized “Bahrain’s sovereignty over Janan as part of the Hawars. It finds that Qatar has sovereignty over Janan Island including Hadd Janan, on the basis of the decision taken by the British Government in 1939, as interpreted in 1947. The Court thus cannot uphold the submission of Bahrain on this point.”²⁶

2. Las cuestiones marítimas.

El profesor Prosper Weil, en su magnífico estudio, “Les hauts-fonds découvrants dans la delimitation maritime: a propos des paragraphes 200-209 de l’arrêt de la Cour Internationale de Justice du 16 mars 2001 en l’affaire de la “Delimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein”²⁷, señala las dificultades conceptuales, terminológicas y en este caso históricas, que rodean al tema de las delimitaciones marítimas.

El párrafo N° 167 de la sentencia, que inicia la consideración de este tema por la Corte en el presente fallo, es claro y básico para las ulteriores decisiones que se debieron adoptar. “The Parties are in agreement that the Court should render its decision on the maritime delimitation in accordance with international law. Neither Bahrain nor Qatar is party to the Geneva Conventions on the Law of the Sea of 29 April 1958; Bahrain has ratified the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 but Qatar is only a signatory to it.

Customary international law, therefore, is the applicable law. Both Parties, however, agree that most of the provisions of the 1982 Convention which are relevant for the present case reflect customary law.”

La CIJ, en consecuencia, en el presente caso, ha debido basarse en la aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario, atento a que ni Qatar ni Bahrein son parte de las respectivas Convenciones sobre Derecho del Mar.

Según los términos de la “fórmula bahrenita” de 1990, las Partes pidieron al Alto Tribunal, que estableciera una “única línea marítima fronteriza entre sus respectivas áreas marítimas comprendiendo los fondos marinos, el subsuelo y las aguas suprayacentes.

Esta cuestión de delimitar los espacios marítimos en controversia sujetos al Derecho Internacional a través de la demarcación de una sola línea, ha sido petición bastante recurrida.²⁸ Weil²⁹, analizando los párrafos 200-209 de la sentencia, señaló que el límite marítimo único, en este caso, procede de delimitar previamente, varias jurisdicciones, pues en la parte meridional se trata de zonas de mar territorial al no exceder de 24 millas marinas la distancia entre las respectivas costas que se hallan enfrentadas, mientras que al norte, donde las costas son adyacentes, la delimitación se refiere a la plataforma continental y zona económica exclusiva (ZEE).

El trazado único, de demarcación, lo realiza la CIJ separando sectores: sur y norte³⁰, y en dos fases: delimitación provisional y ajuste – verificación.

La CIJ – tal como lo explicita en el párrafo N° 176 de la sentencia – traza primero (“to draw”) un límite provisional basado en la equidistancia y después (and then to consider) procede a examinar si existe algún factor relevante o circunstancia especial que resulte pertinente para ser tomada en consideración a los fines de modificar la línea media, con la finalidad de que, la delimitación, resulte conforme a equidad.

El párrafo N° 177 complementado por el N° 230 de la sentencia, demuestran que para la CIJ, la regla equidistancia – circunstancias especiales – equidad en la delimitación de la plataforma continental o ZEE, son una manifestación de carácter consuetudinario.

²⁶ Véase, complementando, párrafo N° 153 sentencia 16.03.2001, pág. 40.

²⁷ Estudio publicado en Liber Amicorum Judge Shigesu Oda – Vol. 1, Netherlands 2002, pág. 307 y 55.

²⁸ CIJ – Caso Golfo de Maine (1984) – Caso Groenlandia – Jan Mayen (1993).

²⁹ WEIL, P. – Op Cit. pág. 307 y 55.

³⁰ Párrafos N° 169 y 170, Sentencia de 16.03.2001, págs. 44 y 45.

A. La línea de base como punto de partida de la equidistancia.

Según explicita la propia sentencia, la primera tarea para proceder al trazado de la línea provisional es precisar una línea de base a partir de la cual construir la equidistancia, tarea complicada en el caso por la existencia en el área de gran cantidad de pequeñas islas, islotes y bajíos en la zona sur.

Según Qatar³¹, la línea de base debe establecerse según el método de cálculo “mainland to mainland”, el cual tiene como consecuencias: a) excluir las islas, islotes, arrecifes, rocas, bajíos; y b) tomar como referencia la línea de pleamar. Bahrein, por su parte, planteó su condición de “Estado pluri-insular” y solicitó que se hiciera un trazado de líneas de base rectas archipelágicas.

La CIJ rechazó la oportunidad del trazado de líneas de base recta: “212. The Court observes that the method of straight baselines, which is an exception to the normal rules for the determination of baselines, may only be applied if a number of conditions are met. This method must be applied restrictively. Such conditions are primarily that either the coastline is deeply indented and cut into, or that there is a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity.”

La CIJ no se pronunció en su sentencia, acerca de si Bahrein debía ser considerado o no, un Estado archipelágico pero rechazó la tesis del trazado de líneas de base recta como propuso Bahrein atento a las razones expuestas. Parecería que Bahrein no tiene – como Estado – esa condición de “archipelágico”: un montón de islas, no es lo mismo que un archipiélago.

Respecto a Qatar, la CIJ descartó sus propuestas, al considerar que el sistema de línea de base normal, es el de la bajamar a lo largo de la costa³² así como al decidir la aplicación del principio la tierra domina al mar.

“185. In previous cases the Court has made clear that maritime rights derive from the coastal State’s sovereignty over the land, a principle which can be summarized as “the land dominates the sea”. (North Sea Continental Shelf. I.C.J. Reports 1969. p. 51 para 96; Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1978. p. 36 para 86)”.

Es interesante destacar, que la CIJ consideró necesario como labor previa a su laudo, determinar la situación jurídica de **ciertas islas existentes en el sector sur** que podrían afectar el trazado marítimo del límite, pues las islas gozan de los mismos derechos marítimos que la tierra firme (Art. 121.2, Convención NNUU sobre Derecho del Mar, 1982). Atento a ello, se procedió a establecer que las islas concretamente, se hallaban bajo soberanía bahrení y no se plantearon dudas sobre las islas Hawar, Jazirat Mashatanq Umm Jalid, pero no ocurrió lo mismo con Fasht al Azm, Qit’al Jaradah y Fasht ad Dibal. Estas últimas plantearon a la Corte, la cuestión de: a) son islas o elevaciones de bajamar?; b) son susceptibles de apropiación los bajíos?³³.

El Art. 121.1, Convención NNUU Derecho del Mar 1982, define a una isla “como una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”, y una “elevación que emerge en bajamar, es una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar pero que queda sumergida en la pleamar” (Art. 13.1 Convención cit.).

Como la mayor parte de las disposiciones de la Convención NNUU sobre Derecho del Mar 1982, que son pertinentes a este caso – y habiéndolo sido expresamente aceptado por las Partes – reflejan el Derecho Internacional consuetudinario, la CIJ aplicó en consecuencia, sus conceptos en la especie.³⁴

La sentencia concluyó que Qit’al Jaradah es una isla, no aceptando en esta ocasión – excluyéndola – la “decisión británica” de 1947, según la cual aquella y Fasht ad Dibal no eran islas. Es importante esta puntualización, porque fue precisamente en esa “decisión británica” en que se basó la CIJ para atribuir Janan a Qatar, considerándola obligatoria. Sobre Fasht ad Dibal, en su parágrafo N° 200, estatuye – habida cuenta del acuerdo de Partes – que es una elevación de la bajamar.

Calificadas o caracterizadas las formaciones marítimas menores existentes en la zona, la CIJ pasó luego a determinar la soberanía sobre las mismas.³⁵ Sobre este tópico, en el parágrafo N° 197 2da. Parte, la CIJ adjudicó soberanía a Bahrein, sobre Qit al Jaradah atento a que este Estado del Golfo, realizó – escasamente – “certain types of activities”, lenguaje empleado en la sentencia, como, por ej., construcción de balizas, perforación de pozos, colocación de trampas para peces, etc. “En el presente caso – continúa la CIJ – tomando en consideración el tamaño de Qit’al Jaradah, las actividades cumplidas por Bahrein en la isla, pueden ser consideradas suficientes, para apoyar los reclamos de soberanía de Bahrein sobre la isla.”

Actos similares fueron invocados por Bahrein reivindicatorios de soberanía en el bajío de Fasht ad Dibal.

³¹ Parágrafo N° 179, Sentencia de 16.03.2001, pág. 46.

³² Parágrafo N° 184, Sentencia de 16.03.2001, pág. 48.

³³ Sobre estos temas, extensamente, véase el excelente estudio de Prosper Wiel citado en Nota N° 27.

³⁴ Parágrafo N° 195, Sentencia 16.03.2001, pág. 50.

B. Las elevaciones de la bajamar pueden ser objeto de apropiación, según los modos de adquirir de la soberanía territorial ?

Esta es una de las cuestiones realmente más importantes en el desarrollo y fallo, de la sentencia del 16 de marzo de 2001. ¿Pueden ser objeto de apropiación las elevaciones de la bajamar según los criterios de la adquisición de la soberanía territorial? Ante el silencio sobre este punto de la Convención de NNUU sobre Derecho del Mar de 1982, y, como señala Weil en su estudio citado, la cuestión es saber si un Estado por vía de apropiación, puede adquirir la soberanía sobre una elevación de la bajamar cuando ésta se sitúa al mismo tiempo en los límites del mar territorial de otro Estado.

La Corte señaló, en su párrafo N° 206, que las pocas normas existentes al respecto no permiten sostener que las elevaciones puedan ser consideradas territorios, en el mismo sentido que las islas. Nunca – continúa señalando el Alto Tribunal – se ha controvertido la tesis de que las islas constituyen “*terra firma*” y están sujetas por lo tanto, a las normas y principios de adquisición territorial; la diferencia existente que atribuye el Derecho del Mar en cuanto a sus efectos entre islas y elevaciones, es considerable. La importancia del párrafo final del párrafo N° 206 es innegable: “It is thus not established that in the absence of other rules and legal principles, low tide elevations can, from the view point of acquisition of sovereignty, be fully assimilated with islands or other land territory”.

En consecuencia, si las islas y los bajíos no son objeto del mismo tratamiento en el conjunto de la normativa de Derecho del Mar, no es lógico, por lo tanto, assimilarlos en el ámbito de la atribución territorial. Señala Weil, que no puede pues, concluirse la **territorialización** de las elevaciones de bajamar, por lo que no deben ser consideradas en el trazado de una línea de equidistancia.³⁶

La CIJ ha creado jurisprudencia sobre este asunto. Ni la Convención de 1982, ni la jurisprudencia internacional, han expresado claramente opinión sobre la cuestión de los títulos jurídicos de las elevaciones marítimas. Fue la primera vez en el caso Qatar v. Bahrein que la CIJ se halló enfrentada a la cuestión.³⁷

La fase segunda del trazado del límite marítimo único debió ponderar, para su realización, las circunstancias especiales o relevantes para alcanzar una delimitación equitativa. Los párrafos N° 218 a N° 220 de la sentencia especifican las circunstancias que se han tomado en consideración para ajustar y alcanzar la equidistancia.

Como circunstancias especiales en el sector sur, la CIJ ha calificado como tales, a Fasht Al Azm, Qit’Al Jaradah y Fasht ad Dibal. Por lo tanto, según se establece en el párrafo N° 218, el trazado del límite marítimo único queda fijado en el nivel de Fasht al Azm y Qit’al Jaradah, por lo que la Corte ha ajustado la equidistancia, al hacer pasar la frontera marítima entre estas dos formaciones, dejando la primera del lado bahrenita y la segunda del lado qatarí. En cuanto a la zona de las islas Hawar, no hubo ajuste y, por lo tanto, se continuó con la línea media. En cuanto al sector norte, la CIJ, por el contrario, ha rechazado las circunstancias alegadas por las Partes³⁸ y consideró que Qit’al Jaradah y Fasht al Jarim tendrían efectos desproporcionados – contrarios a la equidad – sobre la delimitación a favor de Bahrein, por lo que ha ajustado la línea media a favor de Qatar, de tal manera que la frontera pasa a unos 500 metros al este de Qit’Al Jaradah y 500 metros al oeste de Fasht ad Dibal.³⁹

El límite marítimo único decidido finalmente por la Corte, por unanimidad, aparece en el párrafo N° 250.

VI. Colofon.

Qatar y Bahrein finalmente, solucionaron su antiguo enfrentamiento, y curiosamente para países árabes que han preferido siempre que las cuestiones que los enfrentan fueran dirimidas en el ámbito regional árabe-musulmán, en esta oportunidad salieron, sin embargo, de ese ámbito y llegaron a la más alta instancia

³⁵ Señala con acierto López Martín, A.G., en su excelente estudio citado (pag. 155), que “resulta significativo que la decisión acerca de la atribución territorial de Qit’al Jaradah y Fasht ad Dibal no haya sido abordada por el Tribunal en la sección relativa a las cuestiones territoriales que sería su ubicación natural; con esta traslación entendemos que el TIJ ha querido poner de manifiesto la gran interrelación que existe entre el derecho territorial y el derecho del mar, sobre todo cuando se trata de determinar la soberanía de islas”.

³⁶ En el mismo sentido, López Martín, A.G. op. cit. en Rev. Cit. pág. 156.

³⁷ WEIL, P.: op. cit. en Liber Amicorum citado Vol. I, pág. 313.

³⁸ Bancos de perlas; “decisión británica” de 1947; longitud de la costa.

³⁹ Párrafos N° 245 a N° 248.

jurisdiccional internacional. Verdadera originalidad e innovación. Qatar y Bahrein – ambos Estados de la península arábiga con fuerte presencia actual occidental – parecen haber entendido que el Derecho Internacional ha tratado siempre de reglar y prevenir conflictos y limitar sus consecuencias, encontrándoles eventuales soluciones. Así, aunque fueron necesarios más de 10 años de procedimientos judiciales para que el larguísimo y complicado conflicto de soberanía y fronterizo que los enfrentaba desde hacía casi 30 años llegara a su fin, el mismo logró superarse el 16 de marzo de 2001, cuando la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia “definitiva, sin recursos y obligatoria para las Partes”, sobre la delimitación marítima y territorial entre ambos Estados árabes.

Era la primera vez – y sigue siéndolo hasta el momento – en que dos Estados árabes del Golfo Pérsico, sometían su contencioso fronterizo y de soberanía, **a un juez no árabe**.

Como se expresó, justo es reconocer que fue Qatar quien, en 1991, tomó la decisión unilateralmente de llevar su disputa con su vecino Bahrein a la Corte Internacional, ante los permanentes fracasos en las negociaciones bilaterales que se venían dando entre ambos Estados. La decisión qatarí, provocó una gran disconformidad en Bahrein y en los Estados árabes en general (en especial en Arabia Saudita) quienes favorecían, desde siempre, la tesis de una solución final al diferendo, bilateral y/o de mediación regional en el problema, totalmente árabe y sin interferencias foráneas, es decir, “no árabes”.

Pero luego de dictado el fallo del 16.03.2001 por la Corte Internacional de Justicia, los países árabes del Golfo Pérsico, parecieron aceptar y comprender los beneficios de “salir” de su cerrado ámbito árabe-musulmán y acceder a instancias internacionales objetivas y de estricta aplicación del Derecho Internacional. Para la CIJ, el conflicto que le fuera sometido – largo, confuso y con avatares de procedimiento – no era fácil. Sin embargo, salió airosa y, no cabe duda de que el Caso Qatar v. Bahrein será recordado, además, por sus muchas aportaciones novedosas al campo del Derecho Internacional.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA HISTORIOGRAFÍA URUGUAYA.

Héctor Gros Espiell.

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

«Les historiens, étudient la marche des événements de tous ordres qui composent l'histoire des différents peuples, n'attachent peut-être pas toujours assez d'importance aux institutions politiques, qui sont de puissants facteurs de l'histoire, en même temps qu'elles en sont le produit»
(Maurice Deslandres, Préface a l'Histoire Constitutionnelle de la France de 1789 a 1870, Tome Premier, pag. 6, Armand Colin – Recueil Sirey, Paris, 1932).

«Le droit est un ordre et ce qu'il ordonne, c'est la vie. Sans sortir du droit constitutionnel, sans élargir arbitrairement son domaine, il est indispensable d'utiliser pour son étude les enseignements de l'histoire et de la sociologie, les données de la philosophie et jusqu'aux leçons d'une expérience personnelle vécue» .

«Les mécanismes constitutionnels commandent, des près ou de loin, tout notre destin, mais en revanche, dans leur fonctionnement et leur utilisation, ils subissent l'emprise de tous nos actes et de toutes nos pensées».
(Georges Burdeau, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 13 édition, L.G.D.J, Paris, 1968, págs. 6 – 7).

I Historia, Historia Política e Historia Institucional y Jurídica

Siempre he pensado que la inexistencia o la escasez de referencias, por parte de algunos historiadores actuales, - no de todos, por ventura – a la doctrina constitucional uruguaya y a las importantes aportes que muchos de los grandes juristas nacionales han hecho a la historia institucional y política de la República, constituye – cuestión distinta a la de las causas que la originan – un asunto grave que proyecta negativas consecuencias sobre el conocimiento, la enseñanza y, en definitiva, sobre toda nuestra cultura.

Si la falta de la atención por lo jurídico y lo constitucional constituye siempre un elemento negativo, en todos los períodos históricos, es particularmente grave, en el caso de la actual historiografía uruguaya, en el análisis, en la descripción y en la interpretación histórica de los años posteriores a las elecciones de 1971, a la crisis política consiguiente, a la dictadura que la siguió y a la recuperación democrática luego de las elecciones de noviembre de 1984.

Ningún factor histórico puede dejarse de lado, - ni el económico, ni el social, ni el cultural ni el internacional, - ni tampoco, obviamente, el jurídico constitucional.

Por eso el vacío en el conocimiento del Derecho, respetado o violado y el desconocimiento de la doctrina

jurídica, en especial la que ha analizado el proceso histórico político, es lamentable. Siempre nefasto, es para el Uruguay de hoy particularmente grave.

La falta de conocimiento de lo jurídico y de lo que la doctrina uruguaya ha aportado al saber histórico es preocupante.

Mi mayor preocupación deriva de que en parte de la historiografía uruguaya actual, no se citan, se comentan, se concuerda o se discrepa con los aportes históricos hechos por los juristas nacionales, en especial respecto de los grandes temas, de ineludible contenido jurídico, como pueden ser, por ejemplo, las instituciones de la Revolución Libertadora de 1825 y su significación, el juicio sobre las Constituciones de 1830, 1918, 1934, 1942, 1955 y 1966 y las características jurídicas de los períodos de facto, como los que, aparte de otros, tuvimos a partir de 1838, en 1865, entre 1898 y 1903, en 1933, en 1942 y entre 1972 – 1985.

Pero no siempre fue así. Y aún hoy la actitud de ignorancia del Derecho y de la producción jurídica, existente en algunos historiadores, no es de ninguna manera unánime ni general.

Teniendo en cuenta la situación actual de la historiografía uruguaya es importante, además, destacar y recordar que en el pasado algunos de nuestros más grandes historiadores conocieron, coincidieron o criticaron, con razón o sin ella, las opiniones de los grandes juristas compatriotas.

La circunstancia antes señalada nos ha impulsado a reflexionar sobre el tema, y su tratamiento en el pasado, como un modesto aporte al bien intencionado intento de superar un parcial espacio de desconocimiento e incompreensión, en beneficio de todos.

Hace poco escribí un artículo para la Revista del Instituto de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, que titulé “El Derecho y la Ciencia Política. Un Encuentro Difícil pero Necesario”. En este trabajo, basado en una idea que había expresado en 1967, retomando conceptos anteriores, decía que:

“No se puede describir realísticamente un sistema social, sin referirse al orden jurídico aplicable a él. Por eso ha dicho con toda razón recientemente Georges Burdeau; “en voulant demeurer juristes, nous faisons preuve de réalisme”¹.

Años después agregaba que:

“El Derecho no es un orden ajeno a la realidad. Es parte necesaria de la realidad. No puede describirse una realidad sin conocer el Derecho que rige en ella y que se aplica a la vida de los seres humanos que forman parte de esa realidad social.”².

Y en el año 2005, en el trabajo a que ya he hecho referencia inicial, concluía que:

“Pero ahora cabe una reflexión sobre le mal que hace en el Uruguay lo que podría llamarse la actual ignorancia recíproca entre la Ciencia Política y el Derecho, y entre el Derecho y la Ciencia Política, expresión muy dura, pero que tiene mucho de verdad y que sólo por indulgencia podría ser cambiada por la de un encuentro difícil entre ambas disciplinas.

Esta ignorancia o este desencuentro, patentizado en una asombrosa ausencia de conocimientos del Derecho y de todo lo que la riquísima doctrina jurídica uruguaya ha aportado, en muchos libros de Ciencia Política aparecidos en los últimos años, y del recíproco desconocimiento, en diversos libros jurídicos, de las contribuciones emanadas de la Ciencia Política, es lamentable.

Pero no es una ignorancia solo unilateral – de la Ciencia Política respecto del Derecho – de la que únicamente son culpables la mayoría de los cultores de la Ciencia Política.

¹ Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 13 ed., París, 1968; Héctor Gros Espiell, El Problema del Método en el Derecho Constitucional, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año X, N° 3, Montevideo, 1960; Héctor Gros Espiell, Discurso al recibir el 10 de noviembre de 2003, el título de Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 2003.

² Héctor Gros Espiell, Derecho, Vida y Realidad, Clase inaugural dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y que se publicó en un folleto editado por dicha Universidad, en Montevideo ese mismo año.

Es una ignorancia – unida a veces a un desprecio – que también se encuentra en muchos juristas, apegados a un “formalismo” que rechaza el conocimiento de la realidad actual y de la historia.

Pero, además de lamentable, esta ignorancia recíproca es gravísima en sus efectos negativos para la cultura, para la enseñanza y para el saber y, naturalmente, para la política y el Derecho uruguayo”.

Pienso que estas mismas ideas pueden – y a mi juicio deben – aplicarse a las necesarias referencias que la historia, en general, y en particular en el caso de la historia del Uruguay, deben hacer a la historia jurídica y en especial a la historia institucional, elemento necesario del Derecho Constitucional.

Encarar sólo la historia económica, la social, la cultural la internacional y diplomática, y entre otras situaciones, lo que ahora se ha llamado historia de las ideas y de las sensibilidades, es importante, sin duda. Pero si no se hace la historia del Derecho, si no se integra la historia política con la historia jurídica, tendríamos sólo una historia parcial, que excluiría de sí un elemento esencial para conocer la realidad en su integridad, tanto en su pasado como en su presente.

Integrar la historia jurídica en la historia del Uruguay obliga a considerar la relación entre el Derecho y la realidad, los fundamentos y razones sociales, culturales e ideológicas que generaron o se tuvieron en cuenta para elaborar y aplicar ese Derecho y la influencia del Derecho en la evolución y en el devenir de esa sociedad, así como en la descripción de cada momento histórico de ese Derecho, tanto dogmática y formalmente como en cuanto a su efectividad y eficacia, a su efecto formador y a su influencia en el ser nacional, político, social y cultural.

Si esto es así con respecto a todo el Derecho, lo es de una manera especialmente importante en el caso del Derecho Constitucional, por la materia que es objeto de este Derecho, determinante en lo relativo a los conceptos de Estado y Gobierno, de los Derechos Humanos y sus garantías y del régimen general del aparato gubernamental.

Es imposible, pensar en describir correctamente la historia del Uruguay, en sus orígenes, en su formación y en su vida, especialmente después de 1830, sin describir su régimen constitucional, tanto en su formulación jurídica como en sus relaciones con la vida política, con la realidad económica, social y cultural y con el pensamiento nacional.

Sin embargo en los últimos años hemos podido comprobar, con tristeza, que en ciertos sectores de la generación actual de historiadores uruguayos, hay un olvido de esto. Se comprueba, en efecto, no sólo una ignorancia casi total de la valiosísima producción doctrinaria de los grandes juristas uruguayos, -especialmente en su contribución al conocimiento histórico, parte indispensable de lo que es necesario saber para comprender lo que el Uruguay ha sido y es, sino una parcialidad y una visión limitada, y a veces sectaria, de lo que las sucesivas constituciones a partir de 1830, - en 1918, en 1934, en 1942, en 1952, en 1966 y en 1996 – han significado históricamente en el Uruguay.

Esta visión parcial, - ideológicamente dirigida de algunos historiadores actuales -, ha impedido valorar, con objetiva visión, la significación jurídica de la evolución constitucional uruguaya, su influencia en de la vida de la República y su incidencia en la continuidad y en las rupturas del proceso constitucional democrático del País.

Aunque no siempre ha habido un paralelismo y un pleno conocimiento recíproco entre juristas e historiadores, es indudable que el asunto se ha agravado en las últimas décadas. No fue siempre así y sin duda no ha sido así en el caso de los grandes historiadores uruguayos.

II El Desconocimiento de la Historia Institucional y Jurídica

No me interesa ahora estudiar las razones que provocaron y provocan esta peligrosa y negativa realidad de gran parte de la reciente historiografía uruguaya. Puede derivarse de una perniciosa influencia de ciertos criterios que han aflorado en la Ciencia Política, de razones políticas derivadas muchas veces del trauma provocado por la dictadura (1973 – 1984) o de la simple circunstancia del desconocimiento despectivo que algunos historiadores sienten por los juristas y de la recíproca actitud de ciertos juristas respecto de los historiadores.

Por suerte para la cultura uruguaya, repito que esto no fue siempre así. No lo fue en lo que respecta a nuestros grandes historiadores y no lo fue en el caso de muchos profesores de Derecho, que fueron verdaderos juristas de gran significación, especialmente los constitucionalistas, que prestaron atención profunda a la historia nacional.

Imposible ahora hacer una minuciosa y completa enumeración probatoria de lo que hemos afirmado. Pero si cabe recordar a algunos casos especialmente significativos y ejemplarizantes.

III Ejemplos de Historiadores que en el Pasado Atendieron a la Historia Institucional y Jurídica

Comencemos por recordar los ilustrativos casos de algunos historiadores uruguayos de especial significación. No son obviamente los únicos que podrían citarse, pero bastan para mostrar la existencia en el pasado en nuestra historiografía de ejemplos de quienes al cultivar la historia no olvidaron la significación del Derecho.

No significa, obviamente, el recuerdo de estos nombres del pasado, desconocer que en algunos continuadores actuales de la ciencia histórica, el tema institucional y jurídico no está totalmente ignorado.

Francisco Bauzá, sin duda el más grande de los historiadores uruguayos del siglo XIX³, tuvo plena conciencia de la importancia de la historia jurídica e institucional en la historia uruguaya. Pese a que no se formó universitariamente en las disciplinas jurídicas, tuvo una clara conciencia de la significación del tema jurídico y constitucional en función de una correcta visión histórica y un conocimiento de los temas jurídicos, como lo demostró en sus obras y en su labor gubernamental y parlamentaria.

Sin entrar en todo lo que hay de análisis institucional en su monumental "Historia de la Dominación Española en el Uruguay"⁴, no puede hoy olvidarse la atención especial que prestó a los temas constitucionales y jurídicos en muchos trabajos y en múltiples discursos parlamentarios que no pueden dejar de recordarse como ejemplos de esa positiva actitud suya de no dejar de lado el tema institucional y el mundo jurídico. Y esto es así cualquiera que sea el juicio que se tenga sobre las tesis jurídicas por él sostenidas en esos trabajos.

Entre los principales estudios que muestran esta atención y este interés de Bauzá por los temas jurídico-constitucionales, interés íntegramente necesario de su visión histórica general, es preciso citar los ocho ensayos reunidos en sus "Estudios Constitucionales"⁵, todos referentes a la Constitución de 1830, que se titulan: "La Constitución Uruguaya", "Democracia y República", "El Syllabus y la Soberanía", "La Ciudadanía Uruguaya", "El Patronato", "La Educación Común", "Los Constituyentes" y "Comentadores de la Constitución".

Es muy interesante destacar el caso de Bauzá porque prestó atención a las opiniones de juristas contemporáneos suyos, aunque fuera para discrepar con ellas. Es el caso, que cito sólo como ejemplo, de las reiteradas críticas a Carlos María Ramírez, en especial hechas en su estudio "Comentadores de la Constitución", incluido en sus "Estudios Constitucionales".

Eduardo Acevedo, Historiador y jurista, universitario y político, gobernante y académico, su figura es un ejemplo de un cultor de la historia nacional que comprendió el papel necesario que en ella debían jugar los fenómenos políticos, institucionales y jurídicos.

Su inolvidable "José Artigas. Su obra cívica. Alegato Histórico"⁶ y su monumental "Anales Históricos del

³ Sobre la personalidad y la obra de Francisco Bauzá es de ineludible lectura la obra de Juan E. Pivel Devoto, *Francisco Bauzá, Historiador y Adalid de la Nacionalidad Uruguaya, Luchador Político y Social*, 2 tomos, Montevideo, MCMLXIII. Esta obra de Pivel constituye la Introducción a la Historia de la Dominación Española en el Uruguay publicada en seis volúmenes por la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos (Nos. 95 – 100). Periodista, parlamentario y militante católico, no pueden olvidarse además de sus obras históricas y sus estudios constitucionales, sus "Discursos Apologéticos. 1883 – 1896", Editorial Mosca Hnos, Montevideo, 1952, con Prólogo del que luego fue el Cardenal Antonio Ma. Barbieri.

⁴ La primera edición, en tres tomos, se publicó entre 1880 y 1882. Hay una segunda edición (1885 – 1887), una tercera edición hecha en Montevideo, en 1919 por Talleres Gráficos "El Democrático", en tres tomos, y la edición de 1965 incluida en la Colección Artigas de Clásicos Uruguayos, en 6 tomos (Volúmenes 95 (I y II) a 100).

⁵ Publicados en Montevideo, en 1887 en la "Biblioteca de Autores Uruguayos" y vueltos a editar en 1953 en la Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, (N.º 11), Montevideo, 1953, con prólogo de Alfredo R. Castellanos. Un cuidado, comprensivo y elogioso comentario de estos "Estudios Constitucionales" de Bauzá ha sido hecho por Pivel Devoto en su obra "Francisco Bauzá" antes citada (Tomo I, VI, págs. 240 – 254).

⁶ Entre otras muchas ediciones, luego de la primera de 1909: *Anales de la Universidad*, Año XLI, N.º 120, Montevideo, 1933 y la edición póstuma de homenaje de 1950.

Uruguay”⁷, son una demostración de esta constante actitud respecto de todos los períodos históricos que analizó, desde el artiguismo, el proceso de Independencia y a la República constitucionalmente organizada.

Pablo Blanco Acevedo. Fue no sólo como historiador⁸ que realizó aportes importantes a la historia política, sino también un jurista que en el campo del Derecho Público hizo contribuciones históricas de significativo valor⁹. Entre ellas cabe destacar: *La Crisis Política y las Fuerzas de Oposición*, *La Crisis Constitucional y el Equilibrio de Poderes*, *La Constitución de 1830*, *La Constitución de 1917*, *La Constitución de 1934*, y *El Derecho de Interpelación en las Constituciones de 1830 y 1917*.

En Pablo Blanco Acevedo lo histórico fue un elemento integrante de lo jurídico y el tema jurídico un aspecto de su visión histórica. En todos sus trabajos históricos siempre estuvo presente la consideración del tema jurídico y en sus trabajos jurídicos siempre estudió el elemento histórico.

En el bello prólogo que Dardo Regules escribió para los *“Estudios Constitucionales”* de Pablo Blanco Acevedo, se destaca *“su historicismo en el orden del derecho”*, así como un rigorismo jurídico que se atenúa *“por la constante inclusión histórica con que exploraba sus temas”*.

Alberto Zum Felde. Sociólogo, historiador y periodista, no dejó nunca de encarar el tema institucional y de señalar el efecto de los textos constitucionales sobre la realidad nacional.

Su obra *“Evolución Histórica del Uruguay, Esquema de su Sociología”*¹⁰, es la mejor prueba de esta posición suya.

El Capítulo IV de este libro contiene la descripción crítica más negativa y radical que se ha hecho de la Constitución de 1830¹¹. Partiendo del pretendido desajuste entre la Constitución y el país real y de la afirmación de que los constituyentes debieron atender a la realidad histórica y sociológica en vez de elaborar un texto calcado de modelos extranjeros, encara implacablemente, sin hacer excepción alguna, los que para él fueron los principales defectos de nuestra primera Carta. Pero esta crítica de Zum Felde, reproducción acentuada de opiniones anteriores, como por ejemplo, entre tantas otras, de la de Bauzá y anticipación de algunos posteriores, como también por ejemplo, la de Pivel Devoto, sin embargo más matizada – va unida a la atribución a esta Constitución de la acusación de ser la causa de *“los factores de perturbación que intervienen en la de la República de 1830 en adelante”*¹² y que *“el caudillismo”*; *“las guerras civiles”* y *“las dictaduras”*¹³ fueron una consecuencia de esta mala Constitución.

No hay en este libro un examen de la Constitución de 1917 paralelo al hecho con la de 1830. Solo existe una breve referencia en lo relativo a la organización del Poder Ejecutivo¹⁴. Y los agregados en la Edición de 1945, únicamente contienen una brevísima referencia a las Constituciones y reformas de 1934 y 1942. No se encuentra, por tanto, lamentablemente, ningún examen análogo al hecho al respecto de la Carta de 1830 y, sobre todo, a la cuestión del efecto constitucional en 1918, 1934 y 1942 sobre la realidad nacional y su proceso histórico.

Pese a todo esto Zum Felde es un excelente ejemplo de un no jurista que supo desdeñar el tema, esencial para nosotros de la historia constitucional.

Felipe Ferreiro. Historiador y profesor. Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay. También jurista y político, nunca dejó de lado en sus trabajos históricos el elemento institucional y jurídico.

Lo tuvo en cuenta en sus estudios de los períodos hispánico, revolucionario e independentista¹⁵, especialmente en su veta constitucional, en su trabajo *“La Independencia de la Tierra Firme Justificada por Thomas Paine Treinta Años Ha y su Influencia en las Ideas Federalistas”* y en sus ensayos histórico – jurídicos

⁷ Publicados en *“Anales de la Universidad”* Imprenta Nacional, a partir de 1919 en sucesivos volúmenes.

⁸ Centenario de la Independencia, Montevideo, 1922; *El Gobierno Colonial en el Uruguay y los Orígenes de la Nacionalidad*, Montevideo, 1929; *El Federalismo de Artigas y la Independencia Nacional*, Montevideo, MCMXXXIX y *Estudios Históricos*, Montevideo, 1956 que incluye los siguientes estudios: *“El Gobierno colonial en el Uruguay hasta la fundación de Montevideo”*, *“El gaucho, su formación social”*, *“Montevideo antiguo”*, *“La Junta de Mayo y el Cabildo de Montevideo. Misión del Dr. Juan José Passo”*, *“La Impresión de Montevideo ante la Revolución de Mayo”*, *“La Mediación de Inglaterra y la Convención de Paz de 1828”*, *“Andrés Lamas”*, *“La Guerra Grande y el Medio Social de la Defensa”*, *“Sarmiento en Montevideo y el Concepto Social: Civilización y Barbarie”*, *“El Himno Argentino”*; Montevideo, 1928; *“Historia de la República Oriental del Uruguay”* y *“La Historia Nacional en la Enseñanza Secundaria”*.

⁹ En su libro *“Estudios Constitucionales”*, Montevideo, MCMXXXIX.

¹⁰ Montevideo, 1920; 3ª. Edición, Máximo García, 1945.

¹¹ *Evolución Histórica del Uruguay*, cit., págs. 111 – 125.

¹² Op. Cit. Pág. 122.

¹³ Op. Cit. Págs. 123 – 124.

¹⁴ Op. Cit. Capítulo IX, *“El País Cosmopolita”*, párrafo 6, pág. 239 - 240

¹⁵ Muchos de ellos reunidos por su hijo Hernán Ferreiro en el volumen publicado después de su muerte, titulado *“La Disgregación del Reyno de Indias”*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1981.

referentes al Período Artiguista y al proceso de la Independencia Nacional posterior a 1825. Particularmente hay que citar, por la referencia ineludible al elemento jurídico constitucional en el proceso histórico del Uruguay, los siguientes trabajos: "Orígenes Uruguayos", "Significación de Las Piedras", "El Primer Resplandor de la Democracia Oriental", "El Congreso de Abril", "La Soberana Asamblea de 1813", "La Revolución de 1825 y la Independencia Nacional", "Significado Histórico de la Cruzada de los Treinta y Tres", "En torno a las Actas del 25 de Agosto de 1825", y "Programa patriota de 1825"¹⁶

Sobre la obra de Felipe Ferreiro, especialmente en su proyección en los temas histórico - jurídicos y constitucionales, puede consultarse el trabajo de Edmundo Narancio: "Doctor Felipe Ferreiro: el profesor, el historiador y el académico", y la nota de Aníbal Abadie - Aicardi: Felipe Ferreiro (In Memoriam)¹⁷.

Eugenio Petit Muñoz. Historiador, jurista y profesor de sólida formación universitaria.

La doble calidad de hombre dedicado a la historia y de hombre de Derecho, le permitió a Petit Muñoz analizar con especial solvencia los aspectos jurídicos de los procesos históricos, asunto que nunca descuidó en sus múltiples trabajos.

Lo hizo en sus valiosos aportes al estudio del período artiguista¹⁸ y en sus ensayos sobre "Significado y Alcance del 25 de Agosto" y "Las Instituciones de la Revolución Libertadora", es decir del proceso que se inició en 1825 y que contiene en sus capítulos un completo estudio jurídico institucional de este período¹⁹

De igual modo su estudio "Los Derechos Individuales, Expresión de Nuestro Pasado y Expresión de Nuestro Presente", es un hermoso ejemplo de aplicación de los antecedentes históricos al análisis del tema político jurídico de los Derechos Humanos, tan actual como cuando en 1937 se publicó en "Ensayos".²⁰

Ariosto D. González. Historiador. Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay.

Realizó contribuciones muy importantes a la historia constitucional rioplatense y uruguaya. Su libro "Las Primeras Fórmulas Constitucionales de los Países del Plata" (1810 - 1813) tuvo y tiene aún hoy una importancia muy grande para el conocimiento del Derecho Constitucional del Río de la Plata y del período artiguista²¹.

Pero su aporte a la historia del Derecho Constitucional uruguayo no se limitó a esta contribución. En efecto, otras obras muestran el interés del autor por temas jurídico políticos. Es el caso, de su estudio "Los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el Río de la Plata. (1810 - 1820)" y de sus libros "La Misión de Santiago Vázquez, 1829 - 1830, a Buenos Aires",²² y "Los Partidos Tradicionales"²³. Comprendió siempre la importancia del Derecho en la historia política, como lo expresó, entre otras muchas ocasiones, en su admirativo estudio "El Espíritu de Justino"²⁴.

Edmundo Narancio. Historiador, Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay.

En su libro "La Independencia del Uruguay"²⁵, en su estudio "El Origen del Estado Oriental" y en "Las Ideas Políticas en el Río de la Plata a Medios del Siglo XIX"²⁶ hizo interesantes y útiles aportes al tema constitucional en la historia uruguaya.

Juan E. Pivel Devoto. Historiador y Profesor, Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay.

¹⁶ Felipe Ferreiro, Estudios Históricos e Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1989; Introducción a "El Congreso de Abril de 1813 a través de los Documentos", Comisión Nacional de Homenaje a Artigas, Montevideo, 1951.

¹⁷ Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Tomo XXVIII, Montevideo, 2002; Revista de Historia de América, I.P.G.E.H, México, 1965.

¹⁸ En su libro "Artigas y su Ideario a través de Seis Series Documentales", Facultad de Humanidades y Ciencias, Universidad de la República, Montevideo, 1956; en sus estudios "Artigas, Significado de su Ingreso a la Revolución y Factores de Unidad de la Banda Oriental hasta 1811" (Suplemento de "La Mañana", Montevideo, 18 de junio de 1964) y "Las Masas Columbrantes de 1811 y el Ideario Profético de Las Piedras" (Marcha, Montevideo, junio de 1964) y "Artigas y la Administración de la Justicia", Suprema Corte de Justicia, Montevideo, 1964.

¹⁹ El País, Montevideo, 30 y 31 de octubre y 1, 4 y 5 de noviembre de 1953. A todo esto hay que agregar su libro: "La Condición Jurídica, Social, Económica y Política de los Negros durante el Coloniaje en la Banda Oriental" (en colaboración con Edmundo M. Narancio y José Ma. Traibel). La parte II del Vol. I (La Condición Jurídica), fue escrito por Eugenio Petit Muñoz.

²⁰ Publicado en la Revista "Ensayos", Nos. 10 y 11, Montevideo, 1937.

²¹ Primera Edición, en fascículos, en "Anales de Instrucción Primaria" Tomo XXXI, N.º 1 y 2, Montevideo, 1932 y en "Educación", Montevideo, 1937, Segunda Edición, Claudio García, Montevideo, 1941; Tercera Edición Aumentada, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1962.

²² La Justicia Uruguaya, Tomo 43, pág. 75 - 102, Montevideo, 1961; Reyes y Míguez, Montevideo, 1920.

²³ José María Serrano Editor, Montevideo, 1922.

²⁴ Prólogo a las Obras Completas de Justino Jiménez de Aréchaga, Tomo I, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1930.

²⁵ Primera Edición, Editorial Mapfre, Madrid, 1992; 2ª Edición, Editar el Ayer, Montevideo, 2000; Revista de la Facultad de Humanidades y Ciencias, Universidad de la República, Montevideo, 1965.

²⁶ Anales de la Universidad, N.º 162, Montevideo, 1948.

En la vasta obra del más grande de los historiadores uruguayos del siglo XX, el tema institucional y jurídico nunca estuvo ausente. Está presente, sin duda, en su magna obra “Historia de los Partidos Políticos del Uruguay”²⁷, en su “Historia de la República Oriental del Uruguay” (1830 – 1930)²⁸ en la gran mayoría de su extensísima producción histórica²⁹ y en algunos trabajos dedicados al tema constitucional³⁰.

IV Ejemplos de Juristas que Atendieron a los Elementos Históricos en la Formación y el Desarrollo del Derecho.

Si los ejemplos que hemos dado muestran que no siempre los historiadores uruguayos han ignorado la historia institucional y jurídica, es también útil indicar algunos casos de juristas nacionales, especialmente constitucionalistas, que han prestado muy importante atención al elemento histórico, más allá de sus diferencias y de sus criterios en cuanto a la aplicación del método dogmático o histórico en la interpretación y en la enseñanza del Derecho Constitucional

La enumeración que sigue es meramente ejemplificativa y no significa excluir a otros juristas, especialmente los actuales que, en diversas ramas del derecho, desde el Derecho Público al Privado, han atendido, comprendido y enseñado el ineludible trasfondo histórico del Derecho.

Carlos María Ramírez: Jurista³¹, político, internacionalista³², parlamentario y periodista³³, fue además historiador. Primer titular, en 1870, de la recién creada Cátedra de Derecho Constitucional, es del caso recordar la importancia que en sus enseñanzas jurídicas dio a la historia. Hizo lo mismo, en cuanto al Derecho, en su más trascendente y recordado libro de historia: “Artigas”³⁴, así como con su inicial estudio “Juicio Crítico del Bosquejo Histórico de la República Oriental del Uruguay” de Berro³⁵.

En el Prefacio de su “Artigas”, Ramírez señaló la importancia esencial del aspecto jurídico institucional al finalizar esas páginas, prologado con las siguientes palabras:

*“Bajo estos conceptos, levantamos en el pasado su figura histórica, - y si quisiéramos levantarla como una enseña para el presente y para el porvenir, bien podríamos grabar en letras de oro estas palabras arrancadas a las célebres instrucciones de Artigas en 1813:
Aniquilar el Despotismo Militar Asegurando la Soberanía del Pueblo.
Promover la Libertad Civil y Religiosa en toda su extensión imaginable ”*³⁶.

En sus “Conferencias de Derecho Constitucional”³⁷ hay una constante referencia a la historia constitucional comparada.

²⁷ La primera edición se hizo en el año 1942, en dos tomos por la Universidad de la República. El segundo tomo se editó por Claudio García en 1943. Una nueva edición, con la ampliación de la temática y con nuevos desarrollos, ya que se tituló “Historia de los Partidos y de las Ideas Políticas en el Uruguay”, comenzó a publicarse por la Editorial Río de la Plata, en Montevideo en 1952, habiéndose editado sólo el tomo II, denominado “La definición de los Bandos (1829 – 1838)”.

²⁸ Editorial Medina, Primera Edición, 1945, Segunda Edición, 1956.

²⁹ Una “bibliografía selecta” de Juan E. Pivel Devoto, se encuentra en Alicia Vidaurreta, Conversaciones con Juan E. Pivel Devoto, Ediciones de La Plaza, Montevideo, 2001, págs. 81 – 84.

³⁰ Por ejemplo “Las Ideas Constitucionales del Dr. José Ellauri, Contribución al Estudio de las Fuentes de la Constitución de 1830”, Montevideo, 1955; “Las Ideas Políticas de Bernardo P. Berro”, Montevideo, MCMLI, “El Congreso Cisplatino (1821)”, Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Tomo 12, Montevideo, 1936; “El Proceso de la Independencia Nacional”, Revista Nacional, Tomo 128, Montevideo, 1938; “El Nacimiento de la República”, Montevideo, 1971 y las Introducciones que escribió para varios volúmenes del Archivo Artigas, en especial las que luego reunió en un volumen titulado “Raíces Coloniales de la Revolución Oriental de 1811”, Montevideo, 1952.

³¹ Héctor Gros Espiell, Carlos María Ramírez y la Cátedra de Derecho Constitucional, Prólogo a la edición de la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, Montevideo, 1966, (Vol. 103); Revista Nacional, Tomo X, Montevideo, 1966. Incluido asimismo en “Universidad y Derecho Constitucional”, Presidencia de la República, Montevideo, 1988. Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Escritos del Doctor Don Carlos María Ramírez, Tomo I, Artículos Publicados en “El Siglo”, Montevideo, 1923.

³² En el libro de C.M. Ramírez “Páginas de Historia”, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, N° 152, Montevideo, 1978, se incluyen varios artículos de Historia y Derecho Internacional. En especial: “La cuestión del territorio de Misiones”, “El pro y el contra en la validez del Tratado de 1777”, “El heredero único y los hermanos dispersos”, “Artigas y Rivera”, “La Cisplatina, las Misiones y el Tratado de 1851”, “La garantía argentina sobre el Tratado de 1851”, “El litigio pequeño. El Tratado de 1857”, y “Anulación del Tratado de 1857. Estado actual de la cuestión. Soluciones posibles”.

³³ Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Escritos del Doctor Don Carlos María Ramírez, Tomo I, Artículos Publicados en “El Siglo”, Montevideo, 1923.

³⁴ Publicado en 1882, incluido en “Páginas de Historia”, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, 152, cit. Págs 3 – 130.

³⁵ Primera edición 1884; Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, Vol.I, Montevideo, 1953.

³⁶ Artigas, cit. ed. 1953, de la Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, Vol. I, pág. 17.

³⁷ Héctor Gros Espiell, Op. Cit. Las “Conferencias de Derecho Constitucional” han sido reeditadas en 1965 en la Biblioteca Artigas, Vol. 103.

Partiendo de su concepto de que: “El derecho constitucional es la vida misma de los pueblos que adquieren conciencia de su derecho, lo reivindican de las usurpaciones tiránicas y lo rodean de instituciones calculadas para asegurar su goce y desarrollar su esfera”, y de que “así considerado, el derecho constitucional no es una ciencia: es una lucha”, Ramírez estudia en su historia el Derecho Constitucional de Europa y América del Norte³⁸ y luego las relaciones del Derecho Constitucional con otras ciencias.

Lamentablemente la sexta Conferencia en la que Ramírez pensaba referirse – de acuerdo con su programa - a las relaciones del Derecho Constitucional con la Historia, quizás no se dictó, ya que no se incluyó en la edición del autor de 1897.

Su idea de la significación de la Constitución de 1830 y de su concepción respecto del efecto de ella sobre la realidad, lo hizo escribir una hermosa página que no me resisto a transcribir porque, en lo esencial, contiene lo mismo que, muchos años después, expresaron sobre ese tema, entre otros, Juan Andrés Ramírez y Justino Jiménez de Aréchaga.

Dijo Carlos María Ramírez, en “El Siglo”, el 18 de julio de 1868:

“Pero en medio de las más hondas conmociones, de las más sangrientas luchas, de los más funestos cataclismos, esa Carta Fundamental que inscribió nuestro nombre en el registro de las naciones, se ha salvado ilesa, como una tradición sagrada que fuera necesario legar al porvenir.

Violada y escarnecida en la violencia de la lucha, la Constitución continuaba siempre como el ideal por cuya realización se combatía.

Ni el furor de los partidos, ni la espada vencedora de los caudillos osaron jamás rasgar sus páginas.

Mientras se ha luchado por la libertad y la civilización, se ha luchado por ella, porque en sus sublimes prescripciones se encuentran formuladas todas las conquistas de la civilización y de la libertad.

Cuando se ha pensado en iniciar una era de reposo y de felicidad para la patria, se ha tratado de someter todas las voluntades a ese Código supremo, porque sólo en ese sometimiento puede conseguirse la lucha normal de los partidos, la radicación del orden, la independencia en toda su verdad.

El camino de la buena política no es, pues, tan azaroso y tan incierto como a veces se nos presenta por el prisma sombrío del desencanto. Hay una estrella polar que puede guiarnos; hay un deber supremo, visible para todos y para todo sagrado, que se presenta como norma inmutable ante el espíritu del ciudadano.

Esa estrella es la Constitución de la República; ese deber, su cumplimiento fiel.

Hoy, aniversario de la Jura de la Constitución, el pueblo, evocando los grandes recuerdos de aquel tiempo, debería renovar el juramento entonces pronunciado y asimilar en su espíritu, como un deber profundamente religioso, el respeto y el cumplimiento de la Constitución de la República”³⁹.

Carlos de Castro. Universitario y jurista, dictó, antes de la creación de la Cátedra de Derecho Constitucional, un Curso de Derecho Constitucional en la Universidad de la República⁴⁰.

Toda la primera parte del curso, que él tituló “Introducción al Curso de Derecho Constitucional” es, en realidad, un preámbulo histórico, con el estudio comparado de los sistemas políticos europeos en su nacimiento y evolución.

³⁸ Conferencias de Derecho Constitucional, cit, Biblioteca Artigas, vol. 103, pág. 11.

³⁹ Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Escritos del Doctor Carlos María Ramírez, Tomo I, Montevideo, 1923, pág. 228.

⁴⁰ Héctor Gros Espiell, “El Curso de Derecho Constitucional de Carlos de Castro”, Revista Nacional, Tomo XIII, Montevideo, 1969. Incluido en “Universidad y Derecho Constitucional”, Presidencia de la República, Montevideo, 1988, págs. 61 – 71.

El capítulo primero de la Parte Primera se titula; “De las evoluciones por medio de las que los Estados llegan a constituirse en libertad”. Es un título revelador del método de De Castro para encarar el estudio del Derecho Constitucional, ya que es a partir de los cambios históricos – económicos, sociales, religiosos y culturales – desde Oriente, Grecia y Roma, hasta la Restauración francesa de 1815, en veinticuatro capítulos, que De Castro encara el análisis propiamente constitucional, desarrollado en la segunda parte del Curso.

Esta Parte Segunda, a su vez se divide en dos: “De las Libertades Constitucionales” y “De los Poderes Constitucionales”. Pero en todo el desarrollo de los temas, en cuanto a las libertades y a los poderes, la referencia histórica, especialmente europea, para interpretar el texto constitucional uruguayo, es constante.

En la edición del Curso se incluyeron por el autor, como anexos, los textos de la Constitución uruguayo de 1830, de la Argentina de 1853, modificada en 1868, y la de los Estados Unidos de 1787 y de sus primeras doce enmiendas.

Carlos de Castro mostró así su idea de la relación ineludible del Derecho Constitucional y de la Historia, para la comprensión y enseñanza del Derecho y de la Historia.

Justino Jiménez de Aréchaga. El primero de los Aréchaga en ocupar la Cátedra de Derecho Constitucional, nunca desdeñó el elemento histórico para la comprensión del Derecho y del Derecho para comprender la Historia. Lo hizo en “La Libertad Política”⁴¹, en “El Poder Legislativo”⁴², y en “Ministros y Legisladores”⁴³.

Juan Andrés Ramírez, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de la República, preconizador del llamado método histórico en la enseñanza de la asignatura⁴⁴, dedicó siempre especial atención al elemento histórico en el Derecho y al Derecho en la comprensión integral de los fenómenos históricos. Sus libros “Sinopsis de la Evolución Constitucional”⁴⁵ y “El Derecho Constitucional en la Universidad”⁴⁶, son las mejores pruebas de esto. Por lo demás en sus discursos parlamentarios⁴⁷ y sobre todo en las editoriales que escribió durante más de cuarenta años en “El Diario del Plata”, y en “El Plata”, volvió una y otra vez a destacar el ineludible elemento histórico del Derecho y el imprescindible contenido jurídico institucional que la historia, integralmente concebida, debe tener.

Creo que es de justicia reproducir algunos de los conceptos que Ramírez incluyó en su juicio sobre la Constitución de 1830 pero que tienen aplicación general, en especial respecto de la necesidad de situar el aspecto institucional en lo relativo a todo proceso histórico.

Dijo así en el Capítulo “El Lirismo de los Constituyentes” de su “Sinopsis de la Evolución Constitucional”:

“ Para concluir, vamos a la objeción más fundamental y más frecuente que se ha dirigido contra la obra de nuestros patricios; es también la objeción que más cautiva a los espíritus superficiales.

Se dice que al establecer un Código Constitucional demasiado avanzado, demasiado liberal, nos dieron leyes que no se armonizaban con la cultura pública y no crearon un centro de autoridad bastante fuerte para poner a raya las ambiciones de los caudillos. De manera que su obra fue obra de líricos, absolutamente impracticable en aquellos momentos y difícilmente practicable aún en época más avanzada de nuestra evolución.

Nunca hemos comprendido cuál hubiera podido ser la actuación de nuestros constituyentes para ponerse al unísono con las necesidades y tendencias que surgían en nuestro país al entrar a la vida independiente. Se afirmó que formularon principios demasiado liberales, que no podían cumplirse; que crearon un tipo avanzadísimo de instituciones republicanas faltas de ambiente y de arraigo en una nación sometida hasta el día anterior al imperio de la fuerza, y, siendo así, no es posible interpretar esa crítica sino como la afirmación de que fue, precisamen-

⁴¹ “La Libertad Política, Fragmentos de un Curso de Derecho Constitucional”, Edición Oficial, Montevideo, 1906.

⁴² “El Poder Legislativo”, Dos Tomos, Edición Oficial, Montevideo, 1906.

⁴³ “Ministros y Legisladores”, Montevideo, 1902.

⁴⁴ Héctor Gros Espiell, “El Problema del Método en el Derecho Constitucional”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cit.; Héctor Gros Espiell, Juan Andrés Ramírez, en Estudios Constitucionales, Ingranussi Ltda, Montevideo, 1998, y en Universidad y Derecho Constitucional, Montevideo, 1988.

⁴⁵ El Plata, Montevideo, Julio de 1930, 2ª. Edición, Montevideo, 1949, incluido asimismo en “Dos Ensayos Constitucionales”, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos (Nº 118, Montevideo, 1967).

⁴⁶ Montevideo, 1906, Incluido en el libro: Juan Andrés Ramírez, Dos Ensayos Constitucionales, Biblioteca Artigas, Nº. 118, cit, Montevideo, 1967.

⁴⁷ Selección de Discursos y Trabajos Parlamentarios, 1914 – 1943, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1945..

te, la fuerza la que debió ser legislada en el Código Constitucional; que puesto que el poder absoluto – el que tenía las lanzas de los caudillos a su disposición – era el que imperaba en el país sobre todo principio legislado o no legislado, la Constitución debió consagrar aquella situación y crear, por lo tanto, un absolutismo constitucional, si es que estas palabras pueden colocarse juntas.

.....

Al salir de la edad de hierro de nuestra historia, los patricios de 1830 tenían dos caminos a escoger: “constitucionalizar” el despotismo; legalizar la fuerza; dar legitimidad a la violencia, o confeccionar los moldes de un gobierno regular, ofreciendo así a la sociedad si no la fórmula inmediata de su organización práctica, el programa de su acción futura y la fórmula concreta de sus aspiraciones.

.....

De la Constitución de 1830 se puede afirmar que cada vez que el despotismo ha pesado sobre el país, ha tenido que atropellar, para ello, los principios inscriptos de aquélla, y que cada vez que un rayo de libertad iluminó la vida nacional fue cumpliendo los preceptos constitucionales. ¡Bastaría esto, sobradamente, a la gloria de nuestros patricios!⁴⁸

En el prólogo que Ariosto D. González escribió en un libro publicado en homenaje a Ramírez, poco después de su muerte⁴⁹, dijo con razón:

“Creyó que la vigencia de los sistemas jurídicos y políticos depende del nivel de cultura y del grado de madurez de la sociedad que los va a recibir, sin negar que entre la norma y el medio hay un proceso de acción y de reacción y de recíproca influencia; que el derecho que se enseña vale más al ser realizado; que los principios no deben invocarse cuando sólo hay el cínico propósito de medir el grado de su resistencia. Y en función de tales ideas, su cátedra y sus diarios hicieron del derecho el fundamento de la libertad política, del poder una construcción moral y del orden la tutela de los valores humanos”.

Héctor Miranda. Jurista y político.

Escribió en plena juventud un libro titulado “Las Instrucciones del Año XIII”⁵⁰ en el que estudió el hecho histórico del Congreso de Abril de 1813 y el envío de los diputados orientales a la Asamblea Cabildo de Buenos Aires, así como las Instrucciones que llevaban, en base a un análisis jurídico de Derecho Comparado con la Constitución Federal de los Estados Unidos, los artículos de la Confederación y de algunas constituciones estatales norteamericanas.

Héctor Miranda escribió también un trabajo sobre “Artigas y el Referendum”⁵¹ y otro titulado “Los Congresos de la Revolución”, publicado luego de su muerte en 1915⁵².

La obra histórica de Miranda, pese a las críticas que puedan ser la consecuencia del pasaje del tiempo y del clán, en el Prólogo de la edición hecha en la Biblioteca Artigas, de “Las Instrucciones del Año XIII”⁵³, ha dicho al respecto:

“Es cierto que hay errores imputables a las carencias documentales de la época, algunos, otros al enfoque que pesa por demasiado jurídico. Héctor Miranda confunde a menudo, como ya dijéramos, al Derecho con la realidad histórica, a la confluencia externa y superficial de las constituciones norteamericanas con las necesidades reales de la nación que vislumbraba Artigas”.

Es posible que algo de verdad haya en esta crítica. Pero es en el fondo injusta, porque no tiene en cuenta que lo que trataba Miranda no era ocultar la realidad sociológica, sino, sin olvidarla, mostrar el elemento

⁴⁸ Juan Andrés Ramírez, “Sinopsis de la Evolución Constitucional”, Edición Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, N° 118, Montevideo, 1967, págs. 73, 74 y 75.

⁴⁹ “Homenaje al Dr. Juan Andrés Ramírez”, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1940.

⁵⁰ Primera Edición, 1910; Segunda Edición, Barreiro y Ramos, 1935; Tercera Edición, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, N°s 46 y 47, Montevideo, 1964.

⁵¹ Incluido en “Elogio de los Héroes y otros Escritos”, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1912. Se había publicado antes en la Revista Histórica, Montevideo, 1ª. Época, Tomo IV.

⁵² Publicado en la Revista “Anales de la Liga de Estudiantes Americanos”, Montevideo, abril de 1918..

jurídico, y la existencia de precedentes ideológicos y jurídicos, que fuera cual fuera la intensidad de su significación, no pueden desconocerse, menospreciarse ni olvidarse, como se había hecho antes de Miranda y, como otros han pretendido hacerlo después.

Si, aunque con exageración, podría calificarse el enfoque histórico de “Las Instrucciones del Año XIII” de juricista, no nos cabe duda de que esta actitud es mucho menos grave que las que resultan de la ignorancia del Derecho, especialmente de lo institucional, en la presentación y en la enseñanza de la Historia.

Justino E. Jiménez de Aréchaga, Profesor de Derecho Constitucional y político, fue senador y ministro.

Fue un jurista que dedicó muy particular interés a los temas históricos y que estudió siempre los temas jurídicos nutriéndolos de sus antecedentes y del entorno histórico que los explicaba.

Como ejemplo de sus trabajos históricos, de los que el elemento jurídico forma parte necesaria, podríamos citar: “Orígenes Hispanos del Derecho en América”⁵⁴ y “El Centenario de la Independencia Nacional”. Bajo este título se recogió el informe al Senado del 12 de setiembre de 1923, sosteniendo el 18 de julio de 1830 como fecha de la Independencia Nacional y el discurso sobre el mismo tema pronunciado el 26 de setiembre de 1923⁵⁵.

Pero, además, sus obras jurídicas contienen siempre un amplio desarrollo histórico como fundamento. Es el caso de sus libros “El Poder Ejecutivo y su Ministros”⁵⁶ y “La Extensión Democrática y el Régimen Parlamentario”⁵⁷.

Igual enfoque puede encontrarse en sus siempre recordados estudios “Sobre Inaplicabilidad de Leyes Inconstitucionales”⁵⁸, “El Voto de la Mujer, Su Inconstitucionalidad”⁵⁹ y “La Autonomía Universitaria”⁶⁰

Luis Arcos Ferrand, Profesor de Derecho Constitucional mostró su interés por la historia institucional, en especial en su valioso trabajo “La Cruzada de los Treinta y Tres”⁶¹. Pero en todos sus estudios jurídicos mostró siempre que sin conocer los precedentes históricos es imposible comprender el Derecho vigente⁶² y en consecuencia la realidad sociológica, cultural y política.

Alberto Demichelli: Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la República, político e historiador. En sus trabajos jurídicos siempre prestó atención al elemento histórico. En su libro, publicado en 1924, “Los Entes Autónomos”, prologado por Justino Jiménez de Aréchaga, el capítulo II (El artículo 100 de la Constitución. Historia y Antecedentes), es una prueba inicial de esto.

Poco después, en 1929, en su obra “El Gobierno Local Autónomo”, con un estudio preliminar de Adolfo Posada, reiteró esta consideración del tema histórico en los dos panorámicos capítulos iniciales titulados “Las transformaciones del Derecho Político Uruguayo”.

Pero fue en años posteriores en que centró y explicitó su atención en el tema jurídico constitucional como explicación de un proceso histórico.

Su obra “Formación Constitucional Rioplatense”⁶³ constituye un aporte de gran importancia a la historia del período artiguista, al Derecho oriental de la época y en su proyección actual.

José Pedro Massera, Jurista, filósofo⁶⁴ y educador.

⁵³ Biblioteca Artigas, cit., N° 46, pág. XL

⁵⁴ Incluido en Justino E. Jiménez de Aréchaga, Obras Completas, I, Temas Americanos Barreiro y Ramos, Montevideo, 1930, págs. 91 – 145.

⁵⁵ Incluidos también en Justino E. Jiménez de Aréchaga, Obras Completas, Tomo I, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1930.

⁵⁶ Dos tomos, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1933.

⁵⁷ Barreiro y Ramos, Montevideo, 1910.

⁵⁸ Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1915.

⁵⁹ Peña Hermanos Editores, Montevideo, 1915.

⁶⁰ Jurisprudencia Uruguaya, I, Montevideo, Julio 1928.

⁶¹ Imprenta Nacional Colorada, Montevideo, 1925, Vuelta a publicar en la Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos, N° 151, Montevideo, 1976.

⁶² En especial en sus cursos en la Facultad de Derecho y en la versión de algunas de sus clases en la primera época de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

⁶³ Tres tomos, Barreiro y Ramos, Montevideo 1955. Hay una edición de Editorial Depalma, hecha en Buenos Aires. El “Estudios Preliminares”, titulado “Artigas y su Obra Jurídico - Política”, fue publicado por separado, también por Barreiro y Ramos en 1955.

⁶⁴ José P. Massera, Estudios Filosóficos, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, Vol. 12, Montevideo, 1954.

Dejó, en especial en su trabajo publicada en forma póstuma “Algunas Cuestiones Relativas a la Historia Constitucional y Política del Uruguay”⁶⁵, un claro alegato dirigido a demostrar la necesidad del conocimiento histórico para el Derecho Constitucional.

Especialmente destacables de esta obra son las páginas que dedicó al proceso histórico que llevó a la Constitución de 1830 y los efectos, lentos y trabajosos, de ésta sobre la realidad política nacional.

La lectura de estas páginas será siempre una prueba de la interacción necesaria entre la Historia y el Derecho. Particularmente interesante es el enfoque que Massera realizó sobre el proceso que llevó a la Independencia y a la Constitución de 1830, en cuanto al efecto recíproco de los factores internos y externos, del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional aplicable. Este análisis que no hemos visto en otros autores nacionales – ni historiadores ni juristas –, merece ser retomado y reanalizado⁶⁶.

Juan Carlos Gómez Haedo, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay. Hombre de letras, historiador y crítico literario⁶⁷, prestó siempre a la historia particular atención.

Dignos, en especial, de recordar son sus trabajos sobre la historia de los intentos de reforma de la Constitución bajo la Carta de 1830, que constituyen un aporte de gran importancia a la historia institucional y política⁶⁸.

De igual modo su estudio “Las Ideas Políticas de Alberdi” es un aporte valioso a la historia de las ideas políticas y una contribución importante al análisis jurídico constitucional de las Constituciones americanas del siglo XIX y a la nuestra de 1830⁶⁹.

Sus trabajos “Los Métodos en el Derecho Público” y su artículo “Figuras Universitarias. Justino Jiménez de Aréchaga”⁷⁰, son dos aportes significativos al necesario conocimiento histórico por parte de los juristas y del saber jurídico requerido a los historiadores que pretenden hacer historia institucional y política.

El interés – y muchas veces la necesidad, del aporte del enfoque jurídico aplicado al análisis de los fenómenos históricos, puede comprobarse en el juicio de Gómez Haedo sobre el diálogo epistolar entre Artigas y el Cabildo de Montevideo, cuando agudamente expresa:

“Es el diálogo de los dos poderes en que se polariza el gobierno de la provincia, el del jefe de hecho y caudillo indiscutido y acatado por los pueblos y la campaña de la Banda Oriental y el

⁶⁵ Publicado en la “Revista Nacional”, N° 125, Montevideo, 1949 y en un folleto editado simultáneamente. Eduardo J. Couture en su libro “El Arte del Derecho y otras Meditaciones” (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991), juzgó así este trabajo de Massera: “Y esto habría de verse en su último escrito, cuyos originales terminara poco tiempo antes de morir. Su estudio “Algunas consideraciones sobre la historia constitucional y política del Uruguay”, es el documento más alto que se ha escrito en nuestro país, sobre la trayectoria del espíritu político. Massera lo escribió con la pluma empapada de eternidad. Había vivido ya tanto, había sufrido ya tanto, se había quemado ya tanto por su amor y pasión a sus conciudadanos, que sintió necesidad de transformarse en juez de ellos. De los presentes y de los no presentes. La historia política de nuestras tres Constituciones está escrita allí en estado de plenitud. “La primera, dice, contribuyó eficientemente a la formación de nuestra democracia”. “La segunda, fruto de transacción, constituyó un sistema original, que contribuyó al progreso del país, no obstante sus defectos”. “La tercera, por el estrecho ambiente en que se incubó, quedó impregnada de injusticias políticas, por lo cual es muy probable que no haya de durar mucho tiempo”. Es sorprendente esta última lección cívica de Massera. Se diría escrita por un adolescente precoz, que tuviera el rigor del juicio alternado con la potente expresión de los pensamientos. Nunca se ha escrito, me permito insistir en este punto, con más lucidez nuestra historia política, que en este documento que cualquiera de nosotros se sentiría orgulloso de poder firmar”.

⁶⁶ Op. Cit., Capítulo III, Génesis de la Constitución de 1830, págs. 8 – 12.

⁶⁷ En el bello prólogo que Gómez Haedo escribió para el “Ariel” de José Enrique Rodó (Colombino Hnos. Ltda. Editores, Montevideo, MCMXLVII), se encuentran muy útiles reflexiones sobre la Democracia y la Igualdad, aplicables por igual al Derecho y a la Historia. Así, por ejemplo, dice: “Rodó ve en la democracia un principio de vida ineludible y por tanto disiente radicalmente con Renán en este punto, haciendo notar que por sobre las imperfecciones de sus formas históricas, en que se ha realizado, subsiste su realidad ineluctable y no siendo posible la destrucción de la igualdad, sólo cabe pensar en la educación de la democracia”.

“Retornando a la necesidad de consagrar el principio de la igualdad, sostiene que ella radica en el derecho idéntico a aspirar a las superioridades morales. Todos los seres están dotados por la naturaleza de facultades capaces de un noble desenvolvimiento. El deber del Estado es colocar a todos los miembros de la sociedad en condiciones de tender a su perfeccionamiento, y en procurar la revelación de las superioridades, donde quieran que existan. La diferencia entre la aristocracia y la democracia es que la primera se funda en un principio de selección adscripto a grupos sociales y organizados sobre la injusticia y “el execrable privilegio de la casta”, y la segunda renueva sin cesar su aristocracia dirigente en las fuentes vivas del pueblo y la hace aceptar por la justicia y el amor”.

“No, ni la belleza, ni la poesía, ni el arte, ni el bien, conciliados en el destino humano, pueden morir. El progreso del espíritu, cuya ascensión fatal se realiza en la humanidad, debe también cumplirse en el orden de la convivencia humana. El imperio de la democracia en el mundo, que importa el ideal de vida libre y concretamente realizado por la voluntad, debe resolverse en una armonía con las más altas y puras idealidades del alma humana” (págs. 33, 34 y 39).

⁶⁸ Estos trabajos se encuentran publicados en “La Revista Nacional”, Montevideo, 1939, N° 20, 1941, N° 45, 1942, N° 52, y 1952, N° 167, bajo el título “El Proceso de la Reforma Constitucional”. Son capítulos de una obra que ha permanecido hasta hoy inédita en su conjunto, titulada: “Constitución Uruguaya Anotada. Historia, Comentarios, anotaciones” a la cual el autor hace referencia en la nota preliminar a la publicación de su capítulo XXIX en la Revista Nacional, N° 167, Montevideo, 1952, pág. 294.

⁶⁹ Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Tomo III, Montevideo, 1924, pág. 693 – 713.

⁷⁰ “Los Métodos en el Derecho Público”, Peña Hnos., Montevideo, 1929; Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, Año II, N° 12, Montevideo, 1928; “Figuras Universitarias. Justino Jiménez de Aréchaga”, Revista Nacional, Tomo I, Montevideo, 1938.

del Cabildo, tímido vocero de la ciudad, al cual su moderado carácter representativo, le presta voz y voto en el drama de la Revolución. Sin prensa, sin tribuna parlamentaria, sin partidos políticos organizados, sin asambleas - ¡y cómo podían ellos existir en el momento de su génesis! - y el Cabildo asume de echo el papel de un órgano deliberante, la función del tribunado romano, en cuanto a constituir el instrumento de expresión del sentir colectivo.

La preeminencia del Cabildo de Montevideo sobre los restantes pueblos de la Banda Oriental salta a la vista, no obstante que el Cabildo de la capital no posee ninguna superioridad jerárquica sobre aquéllos, sino meramente de hecho, por la resonancia política y social que le confiere la ciudad.

Es ésta, en realidad, la que por intermedio del Cabildo, expone sus esperanzas y sus recelos, sus intereses y sus privilegios, sus reclamos y sus temores. Y cuando Artigas contesta y observa, halaga o previene, contempla o conmina, más que al grupo de cabildantes que se reúne en la vieja sala capitular, es a la ciudad indócil a sus directivas, a la que tiene presente en su pensamiento”⁷¹.

Justino Jiménez de Aréchaga. El tercero de los Aréchaga en ocupar la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Profesor Emérito de ésta, hizo aportes fundamentales al tema de la relación entre la historia política y el Derecho Constitucional.

No sólo en su temprano trabajo “Sobre Derecho Público Español”⁷² y en su siempre recordado artículo “Panorama Institucional del Uruguay a Mediados del siglo XX”⁷³, sino también en sus estudios “El Pensamiento Político de Bolívar”⁷⁴ y “Acerca de Nosotros”⁷⁵.

Pero fue en el Tomo I, de su monumental obra “La Constitución Nacional”, aparecido en 1946, en lo que él llamó “Introducción al Asunto. Fuentes y Evolución de Nuestro Régimen Constitucional”⁷⁶, en donde Aréchaga demostró la necesidad indispensable del conocimiento histórico para la comprensión de la Constitución y, por ende, de todo el sistema político en la normatividad aplicable y en su realidad.

En su obra “La Constitución de 1952”⁷⁷ el elemento histórico está también siempre presente. Lo está en el estudio de los precedentes constitucionales (1830, 1918, 1934 y 1942) y lo está en el análisis histórico político del proceso que llevó a la reforma constitucional de 1952.

En esta obra, naturalmente, se reiteran y aplican a una nueva situación, los criterios ya antes expuestos en “La Constitución Nacional”.

Quiero, sin embargo, destacar, en las páginas iniciales del tomo I de esta obra, la importancia que asigna Aréchaga a la incidencia y efectos de los textos constitucionales sucesivos en la evolución histórica del Uruguay. Son páginas realmente magistrales.

Sin poder ahora reproducir todas sus afirmaciones, que deberían ser releídas y meditadas, quiero citar las palabras incluidas por él en este libro de 1952, que completan su criterio anterior y que, aunque referidas a la Constitución de 1830, puede ser aplicadas a todos nuestros textos constitucionales y a su proyección e incidencia sobre la realidad política. Dijo así Jiménez de Aréchaga:

En este sentido se puede decir que la Constitución de 1830 fue más un programa de civilización para la República que una regla imperativa de convivencia. Cuando no sirvió como instrumento de gobierno, sirvió como bandera de revoluciones progresistas. Y esto está mal. Las mejores revoluciones fueron las que se hicieron en nombre de los principios consagrados por la propia Constitución de la República. Es bueno que hay siempre en las Constituciones un soplo ideal, un ansia de perfeccionamiento. Es necesario que ellas atiendan a la realidad, porque de lo contrario faltarán condiciones indispensables para su eficacia; pero también es necesario que se anticipen en algún grado a la actualidad y propongan soluciones de perfección.

Las Constituciones han de tener algo de fotografía, pero han de tener algo de programa. Ya

⁷¹ Archivo General de la Nación, Correspondencia del General José Artigas a Cabildo de Montevideo (1814 – 1816), Segunda Edición, Montevideo, 1946, (Advertencia de Juan Carlos Gómez Haedo), 16 de diciembre de 1946.

⁷² Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1940 y Escritos y Discursos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo 1992, págs. 123 – 199.

⁷³ La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo XLVII, Montevideo, 1945.

⁷⁴ En Escritos y Discursos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 2000., pág. 227.

⁷⁵ En Opera Minora, Editorial De La Plaza., pág. 297.

⁷⁶ La Constitución Nacional, Tomo I, Montevideo, 1946. En 1988 se hizo una segunda edición por la Cámara de Senadores.

⁷⁷ Editorial Medina, Cuatro Tomos, Montevideo, 1952, 2ª. Edición, Cámara de Senadores, 1988.

Heller nos ha enseñado que entre el deber – ser contenido en la norma y el ser de la realidad ha de existir un cierto grado de tensión, sin el cual la norma podrá ser formalmente perfecta, pero han de faltarle condiciones de viabilidad. Pero no nos preocupe demasiado asegurar ese grado de tensión, hasta quitar a los textos constitucionales (que, por su propia eminencia, tienen siempre un valor ejemplarizante) ese algo de programa, de ideal de perfección, que mueve a la voluntad popular y que ayuda a superar la realidad del día en que se vive”.⁷⁸

Sobre el repudio de la concepción meramente formal del Derecho y la necesidad de la Constitución como ideal político en su acción sobre la realidad, sólo quiero reproducir dos párrafo de dos trabajos suyos, escritos en diferentes épocas y circunstancias.

El primero, de 1957, contenido en el discurso que pronunció al recibir el título de Profesor Emérito de la Facultad de Derecho en que dijo:

“Nunca entendí que el Derecho pueda ser ciencia formal, o que una teoría formalista del Derecho pueda rendir buena cosecha, simplemente porque no es mera forma el objeto de que esta ciencia se ocupa. Producto de la vida, de antagonismos y armonías sociales que se nutren con dolor y esperanzas de hombres vivientes y sufrientes, contingente hecho cultural, reducirlo a estructuras es deformarlo y dejar que se nos desvanezca su esencia”⁷⁹.

El segundo, de 1962, incluido en un prospecto para un álbum discográfico en que enseñó:

“El Uruguay surgió como Estado soberano en 1830, dotado de una Constitución escrita que organizaba un gobierno unitario, presidencialista, con nítida separación de poderes, justicia independiente, sufragio popular, restringido y amplia consagración de derechos humanos. Desconocida por los caudillos, violada por los gobernantes ansiosos de poder, desnaturalizada por prácticas que acrecentaron hasta peligrosos límites la gravitación del Presidente de la República, desbordada por la rápida transformación de nuestras estructuras económicas y sociales, esa Constitución fue, sin embargo, la definición de un ideal político que el País trataba de alcanzar a través de dolorosas experiencias; y, más que como instrumento de gobierno, ella sirvió de bandera a todas las revoluciones contra el despotismo o la arbitrariedad, pues eran muy claros los preceptos mediante los cuales proclamaba y trataba de amparar la libertad civil”⁸⁰.

Aníbal Luis Barbagelata. Jurista y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Contribuyó a la demostración del necesario conocimiento histórico para saber de nuestro Derecho, en especial en sus estudios “El Constitucionalismo Uruguayo a mediados del siglo XIX” y “1825, El Pueblo Oriental y los Principios Institucionales: Una Coincidencia Racional”, su ensayo de Derecho Electoral titulado “La representación de mayorías y minorías en el sistema electoral uruguayo”, fundado en un amplio desarrollo histórico y “La Organización Constitucional del Próximo Uruguay”, agudo ensayo de deseable perspectiva constitucional futura, basado en el análisis del presente y del pasado⁸¹.

En su ensayo “Caracteristiques Générales de l’Organisation Constitutionnelle de l’Uruguay”⁸², Barbagelata ha dicho con razón:

*“Les constitutions n’ont pas la vertu magique de modeler par elles mêmes les peuples que leur sont soumis.
Les constitutions ne pourront jamais dispenser les hommes d’être sages et justes, dit Laboulaye.
Et la fin douloureuse des «Chartes professorales» de l’entre deux guerres ne fait que le prouver.*

⁷⁸ Justino Jiménez de Aréchaga, La Constitución de 1952, cit, Tomo I, págs. 17 y 18.

⁷⁹ La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo XLVII, Montevideo, 1949, Reproducido en Escritos y Discursos, cit., págs. 205, 221 y en Héctor Gros Espiell, Lecturas de Derecho Constitucional Uruguayo, Ingranussi, Montevideo, 1999.

⁸⁰ Conferencia dictada en 1960, incluida en Opera Minora, Editorial De la Plaza, Montevideo, 2001.

⁸¹ En “El Constitucionalismo a Mediados del Siglo XIX”, México, 1957, Tomo II; en “El Día”, Montevideo, 23 de agosto de 1975, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Año X, N° 1 – 2, 1959, pág. 659; en Marcha, Montevideo, reproducido en Héctor Gros Espiell, Lecturas de Derecho Constitucional Uruguayo, Ingranussi, Montevideo, 1999.

⁸² Revue Internationale de Droit Comparé, París, 1954, N° 3.

Mais une constitution techniquement impeccable peut souvent fermer les portes à l'imprudence et à l'injustice.

L'Uruguay est à l'heure actuelle, selon le mot d'Albert Gilles, un «pays heureux» .

Le vrai secret de son bonheur se trouve dans l'incontestable vocation démocratique de son peuple.

On peut donc espérer avec foi qu'un jour, non lointain, l'architecture de sa Constitution sera juridiquement digne de la saine inquiétude des hommes qu'elle devra guider. Et dans cette attente il faut garder la conviction réconfortante que la Constitution uruguayenne, par dessus la désolante vision générale qu'offre l'Amérique, est bien loin d'être «le signe d'une nostalgie de la liberté politique», dont parlait M. Burdeau avec tant d'amertume et de vérité».

Hermosas palabras escritas en 1954, con mucho, y recordable, de verdad histórica y jurídica, pero con falta de prospectiva histórica, resultado, quizás, de un excesivo e idealista entusiasmo democrático. Comentario igual al que podría hacerse al trabajo de 1949 de Justino Jiménez de Aréchaga, que ya hemos citado, "Panorama Institucional del Uruguay a mediados del Siglo XX". "Ambos juristas, profesor y discípulo, los dos profesores y amigos míos, sin duda durante los tristes años de la dictadura (1973 – 1984), debieron reflexionar mucho sobre la realidad institucional que vivieron en 1949 y 1954, y sobre lo que respecto de ella escribieron, comparándola con lo que luego ocurrió, hasta el renacer democrático de 1985.

Alberto Ramón Real. Jurista, Profesor de Derecho Público, de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la Universidad de la República. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

En su libro "Los Decretos Leyes"⁸³, se encuentra un análisis de esta anómala, y no prevista constitucionalmente, figura jurídica en el Derecho uruguayo, y de su situación en el Derecho Constitucional nacional y en la historia de las rupturas del orden constitucional.

Su artículo "Las Ideas Constitucionales en la Epoca de las Instrucciones del Año XIII"⁸⁴ constituyó, junto con los trabajos de Eduardo Jiménez de Aréchaga y de Héctor Gros Espiell⁸⁵, la contribución de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República a la conmemoración del bicentenario del nacimiento de Artigas, publicados todos los ellos en la Revista de la Facultad en el año 1962.

En un trabajo muy anterior, publicado en 1946, titulado "El Método en el Derecho Público especialmente en el Derecho Administrativo"⁸⁶, hay reiteradas referencias a la necesaria aunque nunca determinante ni absoluta, utilización del método histórico.

Real es otro ejemplo de un jurista que siempre tuvo en cuenta el entorno político y social, presente y pasado, para comprender y enseñar el Derecho. Es por ello que es otro caso – uno más pero lamentablemente no el único – en el que el desconocimiento de sus aportes se traduce en un demérito de muchas versiones del pasado hechas en algunos ejemplos de la historiografía uruguayo.

Daniel Hugo Martins. Jurista. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de la República, y Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay.

Nunca dejó de considerar en sus libros y artículos el aporte histórico para comprender y enseñar el Derecho.

Lo hizo en, por ejemplo, sus libros: "Introducción al Derecho Administrativo. Fundamentos Históricos, Políticos, Filosóficos y Jurídicos"⁸⁷, "El Gobierno y la Administración de los Departamentos"⁸⁸ y en muchos de sus artículos, varios de ellos recopilados en "Constitución y Administración"⁸⁹, entre los cuales cabe destacar "La Constitución de 1830 y las ideas políticas del siglo XIX", "Validez y vigencia de los actos jurídicos emanados del gobierno de facto (1973 – 1985)", "¿Puede la ley declarar absolutamente nulos y anular actos legislativos vigentes?", "Evolución del Gobierno y Administración de los Departamentos en la República Oriental del Uruguay", y "Evolución de la legislación portuaria nacional hasta la ley 16.246". Además hay que señalar uno muy reciente titulado "Las Bases Fundamentales de la Nacionalidad"⁹⁰.

⁸³ Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1946.

⁸⁴ Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XV, Montevideo, 1962.

⁸⁵ Héctor Gros Espiell, El Pensamiento institucional en el Período Artiguista (1810 – 1820), Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XII, N.º 1, Montevideo, Enero – Marzo de 1961; Eduardo Jiménez de Aréchaga, Cuestiones Internacionales en las Instrucciones del Año XIII, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XIV, N.º 3, Montevideo, Julio – septiembre de 1963.

⁸⁶ Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1946.

⁸⁷ Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1982.

⁸⁸ Ingranussi, Montevideo, 1999.

⁸⁹ Ingranussi, Montevideo, 1997.

⁹⁰ Incluido en el Liber Amicorum Discipulorumque Prof. José Aníbal Cagnoni, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

Por lo demás en su libro “Objeto, Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho”⁹¹, se encuentran reiteradas referencias al método histórico y a la importancia del dato histórico en el mundo del Derecho.

Creo que es del caso destacar – en relación con el punto central tratado en el presente ensayo – un concepto expuesto por Martins en el Prólogo de su libro “Constitución y Administración” cuando dice:

“Las leyes, en efecto no echan raíces en la realidad social, en virtud de su mera fuerza coercitiva, sino gracias a la constante labor de interconexión entre la norma y la dinámica social que se lleva a cabo.

Esta concepción dinámica del mundo jurídico y su inserción en las relaciones políticas, sociales, económicas y culturales de los hombres, es la que compartimos”.

Eduardo Esteva, Ex Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de la Universidad de la República y de la Universidad Católica.

Dedicó especial atención a la historia constitucional y a los precedentes históricos. Sus principales obras a este respecto son: “Lecciones de Derecho Constitucional II, Tomo I”, “Historia Constitucional del Uruguay”⁹² y “Documentos para el Estudio de la Historia Constitucional del Uruguay, Tomos I y II”⁹³.

Ruben Correa Freitas. Jurista. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de la República, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Empresa.

En su libro “Derecho Constitucional Contemporáneo”, dedica cuatro capítulos a temas esenciales de carácter histórico jurídico: “La Historia del constitucionalismo uruguayo (1830 – 1967)”, “Los llamados “Actos Institucionales y el Acuerdo del Club Naval (1976 – 1984)”, “La Reforma Constitucional de 1997” y “Los Actos Legislativos de Gobiernos de Facto”⁹⁴.

En un libro anterior “Introducción al Derecho Constitucional”⁹⁵, estudia históricamente “La Constitución de 1830” (Capítulo III), “Las Ideas Constitucionales de Batlle y Ordóñez” (Capítulo IV), “Los Actos Institucionales en el Uruguay” (1976 – 1984) (Capítulo V) y “El Acto Institucional N° 19” (Capítulo VI).

Años antes había publicado otra obra, titulada “Constitución y Seguridad Nacional”⁹⁶, cuyos capítulos relativos al “Consejo de Seguridad Nacional en le Uruguay” y “El Coseno en el Acto Institucional N° 19”, son valiosos aportes jurídicos al estudio histórico de la dictadura uruguaya de 1973 – 1985.

Héctor Gros Espiell, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Profesor de Derecho Constitucional de esta Universidad, Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay.

Incluyo en esta enumeración de puntos de vista históricos expuestos por juristas, lo que yo mismo he sostenido, no por una inexcusable actitud de autovaloración, sino simplemente para mostrar un criterio que he mantenido invariable durante más de cuarenta años.

Creo que, a este respecto, corresponde recordar algunos de mis trabajos histórico jurídicos, en los que siempre destacué la ineludible referencia que en la historia debe hacerse a los estudios jurídicos y en la obligada atención que debe darse al Derecho en los trabajos de historia general y de historia política en particular⁹⁷.

⁹¹ Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

⁹² Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Montevideo, 1993.

⁹³ Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda. Montevideo, 1993 y 1994.

⁹⁴ Derecho Constitucional Contemporáneo, Tomo I, Segunda Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, Capítulos VI, VII, VIII y IX.

⁹⁵ Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1988.

⁹⁶ Editorial Universidad Ltda. Montevideo, 1984.

⁹⁷ Recuerdo, entre otros, los siguientes estudios: “Las Constituciones del Uruguay”, Madrid, 1958, 2ª. Edición, Madrid, 1977; “De Diplomacia e Historia”, Montevideo, 1989, 2ª. Edición, Asunción, 1990; “Un Proyecto Olvidado de Reforma Constitucional”, Revista Histórica, Tomo XIX, Montevideo, 1953; “El Pensamiento Institucional del Período Artiguista”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XII, N° 1, Montevideo, 1962; “Antecedentes del No Parlamentarismo Uruguayo”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XIII, N° 1, Montevideo, 1962; “El Ejecutivo Colegiado en el Uruguay”, Revista de Estudios Políticos, N° 133, Madrid, 1964; “El Uruguay y el Protectorado Inglés”, Revista Nacional, Tomo XI, N° 228 – 229, Montevideo, 1966; “Carlos María Ramírez y la Cátedra de Derecho Constitucional”, Revista Nacional, Tomo X, N° 223 – 224, Montevideo, 1966; “El Proceso de la Reforma Constitucional”, Cuaderno N° 19, Facultad de Derecho, Montevideo, 1967; “El Curso de Derecho Constitucional Uruguayo de Carlos de Castro”, Revista Nacional, Tomo XIII, Montevideo, 1969; “El Predominio del Poder Ejecutivo en América Latina, UNAM, México, 1977; La Restauración Democrática en el Uruguay”, Madrid, 1985; “La Historia como Factor de Investigación Nacional”, Hoy es Historia, Montevideo, 1989; “Washington Beltrán y la Constitución”, Montevideo, 1990. “Montesquieu, La Revolución Emancipadora Latinoamericana y el Derecho Constitucional del Uruguay”, Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Tomo XXV, Montevideo; Lecturas de Derecho Constitucional Uruguayo, Ingranussi, Montevideo, 1999, “La Constitución de Cádiz de 1812, La Constitución del Reino de Portugal de 1822, La Constitución del Imperio del Brasil

Dije, en 1960, en mi estudio sobre “El Problema del Método en el Derecho Constitucional”:

“Pero, incluso en nuestro sistema, el intérprete no puede dejar totalmente de lado la situación histórico – política en que surgió la norma, porque muchos conceptos constitucionales no pueden interpretarse debidamente si no se conoce su razón de ser, el porqué de su nacimiento y el proceso político de su elaboración. Es claro que el margen de aplicación de este criterio interpretativo será mucho más reducido en nuestro régimen de constitución extremadamente rígida, extensa y minuciosa, jerárquicamente suprema, que en otros sistemas que no presenten todas estas características. Pero no sólo en este sentido es posible al intérprete dar cabida, en cierta y limitada forma a elementos extraños al método jurídico dogmático, sino que además podrá recurrirse a la interpretación evolutiva, en cuanto supone una racional adecuación del texto a las nuevas realidades políticas, sociales y económicas, y que sin desconocer la letra y sin violentar los principios y los objetivos del sistema constitucional, lo adecúe a estas nuevas realidades. Con estas limitaciones, nada impide la utilización del método histórico y del criterio evolutivo en la hermenéutica de nuestra Constitución.

No podrán jamás comprenderse las instituciones de un pueblo con el mero análisis del texto constitucional que lo rige. Por ello y sin perjuicio de señalar el significado y la trascendencia de la norma, es imprescindible describir el ambiente histórico, la realidad política, social y económica a la cual se aplica el texto constitucional, señalar sus orígenes y poner de manifiesto la forma en que es aplicado.

Sólo de una adecuada colaboración de sistemas metodológicos opuestos, puede resultar una expresión de la asignatura plena de sentido. Como materia jurídica que es, debe, la exposición del derecho constitucional, predominar el examen de la norma, dándole a ésta la trascendencia que posee como regulación de la conducta humana, pero, - asimismo - , por los caracteres especialísimos del derecho constitucional, por su contacto permanente con la realidad política, el examen del texto debe ir acompañado siempre por el estudio de la realidad concreta a la que se refiere. Sólo así la norma constitucional adquiere su pleno significado”⁹⁸.

A esto agregué otros conceptos, que creo que debo recordar aquí, sobre la necesaria conceptualización del Derecho como realidad política, social y económica y sobre las consecuencias negativas del desconocimiento del Derecho en la presentación e interpretación e la historia nacional, cuestión a la que ya me referí en el capítulo I del presente ensayo, citando lo que en el pasado dije al respecto.

José Korseniak. Jurista y Político. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de la República. Senador.

En su libro “Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional”⁹⁹, dedica su Capítulo VII a la “Historia Constitucional del Uruguay”, desde el “período artiguista” hasta la “Reforma Constitucional de 1996”. Se analiza, así, el golpe de Estado de 1973, los “actos institucionales” de la dictadura, “ejemplo de barbarie doctrinaria” el proyecto de reforma constitucional de 1980 y “el retorno a la democracia”.

Miguel Angel Semino. Jurista. Ex Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de la República. Ex Secretario de la Presidencia de la República. Ex Embajador.

En su libro “Práctica Constitucional”¹⁰⁰, en el capítulo titulado “Celebraciones Constitucionales”, se refirió, con la mirada puesta en el Derecho Constitucional uruguayo, a la Declaración de Derechos inglesa de 1689, a los textos constitucionales del siglo XVIII, a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y a la

de 1824 y la Constitución de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830”, Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Montevideo, 2001; “Oribe y el Gobierno Constitucional”, Garibaldi, N° 17, Montevideo, 200; “La Legitimidad Política de la Revolución y de la Guerra Civil de 1904”, La Revista Blanca, N° 3, Montevideo, 2004, “La Naturaleza del Golpe de Estado del 27 de junio de 1973 y de la intervención de la Universidad” en Documentos de la Intervención en la Universidad de la República (Alicia Casas de Barrán (coordinación), Cátedra Unesco de Derechos Humanos – Universidad de la República, Montevideo, 2004. Asimismo trabajos de carácter histórico constitucional, en dos libros en prensa: “Circunstancias”, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 2005, y “Estudios sobre Historia del Derecho”, Facultad de Derecho, Montevideo, 2005.

⁹⁸ Héctor Gros Espiell, El Problema del Método en el Derecho Constitucional, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año X, N° 3, Montevideo, 1960.

⁹⁹ Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

¹⁰⁰ Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.

Constitución de Cádiz de 1812, es decir de un texto constitucional jurado en Montevideo y que fue Derecho vigente en nuestra ciudad hasta 1814, que además constituyó una de las fuentes primarias de la primera constitución uruguaya de 1830.

Horacio Casinelli Muñoz. Jurista, Profesor de Derecho Público y de Derecho Constitucional de la Universidad de la República.

Su libro "Derecho Público" ¹⁰¹ contiene en su capítulo IV, titulado "La Constitución Uruguaya como Historia Formal de las Reformas Constitucionales", que estudia "la continuidad constitucional uruguaya", "la evolución de la Democracia en Uruguay" y la evolución de la parte dogmática de la Constitución.

Gonzalo Aguirre. Jurista y Político. Ex Vicepresidente de la República y ex Senador. Miembro de Número del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay. Fue profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay.

Además de su extensa producción en materia jurídica ¹⁰² ha escrito múltiples libros y artículos sobre temas históricos, como por ejemplo "Juan Manuel de Rosas y la Historia del Río de la Plata", "La Revolución del Quebracho y la Conciliación, De Ellauri a Tajés, 1873 – 1886" ¹⁰³, "Manuel Oribe: Patriota, Libertador, Militar y Estadista" ¹⁰⁴, "La Elección de Batlle y el levantamiento nacionalista de marzo de 1903" ¹⁰⁵.

Su obra es un ejemplo de la necesaria relación, ineludiblemente recíproca, del Derecho Público y con la Historia.

Sus opiniones, en especial las emitidas en su estudio sobre la Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución de 1967, son un ejemplo de la correcta aplicación de los precedentes históricos y de la necesidad de que los historiadores conozcan las opiniones de los juristas.

José Aníbal Cagnoni. Jurista. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Universidad de la República.

En su libro "El Derecho Constitucional Uruguayo" ¹⁰⁶, se encuentra una sintética pero aguda "descripción de la historia constitucional", con certeras reflexiones históricas, políticas y jurídicas sobre el período artiguista, la revolución de 1825 y las constituciones de 1830, 1918, 1934, 1942, 1952 y 1967.

Es de destacarse el equilibrio y la objetividad en el juicio sobre estos textos constitucionales, en especial el de 1934 basado en un prudente balance de sus defectos y de sus méritos, que algunos "historiadores" actuales deberían releer.

De igual modo el sustancioso párrafo sobre la aplicación de la Constitución de 1952, que merece ser citado hoy. Dice así:

"La excesiva partidización con que encauzaba la vida gubernamental, entre otros factores, condujo a su desprestigio; la crisis económica desatada a partir de 1955 y que acrecía paulatinamente su profundidad, y la conflictividad social consecuente, habrían de alentar un nuevo intento de reforma dirigido a reforzar al Poder Ejecutivo, a la supresión de los excesos de la partidización estatal y a la introducción de la planificación en la actividad económica y social; tales los designios que llevarían a muchos a confiar en la solución de los problemas mediante la nueva reforma promulgada a comienzos de 1967"¹⁰⁷

¹⁰¹ Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

¹⁰² "La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional de 1967" La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 67, Nº 6 – 7, Montevideo, 1967, "El Acto de Gobierno y la Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", "Teoría del Acto Electoral y de las Nulidades Electorales", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984; La actualización y la anotación de "La Constitución Nacional" de Justino Jiménez de Aréchaga, cuyos primeros tres tomos han sido publicados por la Cámara de Senadores en 1992 - 1998; "Derecho Legislativo", Tomo I, Teoría General de la Ley", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997; "Fundamento Constitucional del Principio de la Irretroactividad de las Leyes Tributarias en Argentina y Uruguay", en Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa, F.C.U., Montevideo.

¹⁰³ Barreiro y Ramos Editores, Montevideo, 1989.

¹⁰⁴ La Revista Blanca, Directorio del Partido Nacional, Nº 1, Montevideo, 2004.

¹⁰⁵ La Revista Blanca, Directorio del Partido Nacional, Nº 3, Montevideo, 2004.

¹⁰⁶ Editorial Universidad Ltda, Montevideo, 1992.

¹⁰⁷ José Aníbal Cagnoni, Op. Cit., pág. 29.

No es posible dejar de señalar que no sólo los publicistas que han trabajado en el campo del Derecho Interno han hecho aportes importantes, que no pueden dejarse de considerar y de tener en cuenta, a la historia nacional. Es también necesario fijar la atención en las contribuciones de juristas especializados en otras ramas del Derecho.

Es el caso, entre tantos otros citables, de Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su utilísimo trabajo: “La Primera Constitución de Nuestro Estado”¹⁰⁸, de Jorge Peirano Facio en su estudio “De la Asamblea Legislativa del 25 a la Constituyente del 28”¹⁰⁹, de Saúl Cestau, cuyo ensayo “Génesis y Evolución del Derecho Constitucional Uruguayo”¹¹⁰ merece una relectura y una reflexión actuales y los aportes de Juan José de Amézaga¹¹¹ “La Actualidad Política Uruguaya” y de Eduardo J. Couture en la “La Constitution Uruguayenne de 1952”¹¹².

Libro este de gran interés, lamentablemente no traducido al español y por ende poco conocido entre nosotros. Contiene un Capítulo VI, titulado “Constitution et Politique”, que incluye útiles reflexiones histórico – constitucionales, algunas de las cuales merecen reproducirse aquí:

“Le lecteur peut constater que cet exposé ne s’est pas borné à reproduire les textes ou à les ordonner par rapport à leurs antécédents. Fréquentes furent mes incursions dans le domaine politique; mais en aucun cas elles n’ont poussé jusqu’aux détails purement domestiques.

Un exposé de cette nature court le risque de ressembler à un chapitre de propagande, si les idées concordent avec l’ordre régnant. Autrement, il constitue l’entreprise peu élégante d’aller débattre en une tribune étrangère des questions qui doivent se résoudre dans le sein du foyer.

Cette réforme n’a pas touché à la structure sociale, économique, ni juridique de la nation. Cette dernière conserve ses vertus, qui sont nombreuses, et ses problèmes, qui le sont aussi. Seul son ordre politique a été affecté.

Favorisé par une période de paix politique, l’actuel Conseil a pu fonctionner sans perturbations. Ses méthodes de travail n’inclinent pas aux vastes plans de gouvernement, ni à une attention méticuleuse envers les pratiques administratives qui réclament efficacité et urgence. Mais il contribue à la publicité de la gestion gouvernementale, au contrôle de cette dernière par les organes de l’opinion, à une plus grande responsabilité politique des hommes publics devant leurs propres partis. Dans des circonstances difficiles, le Conseil a agi avec une rare unanimité.

Quels que soient les défauts du nouveau statut, et les erreurs politiques qui ont pu l’entourer, on doit reconnaître que la nouvelle Constitution a la valeur d’une expérience neuve, bonne ou mauvaise, mais réalisée d’une manière pacifique, évolutive, avec un vif désir de progrès, chez ses promoteurs, dans un continent turbulent et enclin aux excès du pouvoir».

Nunca, tampoco, podrían olvidarse las reflexiones histórico políticas de Couture contenidas en su libro “La Comarca y el Mundo”¹¹³, especialmente los capítulos “Pasado y Presente” y “Presente y Futuro”, que historiadores y juristas actuales deberían, con provecho, leer.

¹⁰⁸ Revista de Estudios Jurídicos y Sociales, N° 67, Montevideo, 1935.

¹⁰⁹ Tribuna Católica, Año IX (II), N° 5 104 – 105, Montevideo, 1943.

¹¹⁰ Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 46, N° 1 – 2, Enero – Febrero de 1960

¹¹¹ Publicado en “La Nación” de Buenos Aires, suplemento del 23 de agosto de 1925. Comentado por Héctor Gros Espiell en su trabajo “Juan José de Amézaga y la Constitución de 1918”, Revista de la Universidad Católica, N° VII, Montevideo, 2005.

¹¹² Cahiers de Législation et de Bibliographie Juridique de l’Amérique Latine, Ns. 1 y 12, París, 1952.

¹¹³ Biblioteca Alfar, Montevideo, 1953.

V Las Constituciones del Uruguay y sus Incidencias en el Desarrollo y la Evolución de la Realidad Histórica Nacional.

En el Uruguay las Constituciones han tenido una importancia histórica muy grande.

Esta importancia resulta de que no han sido sólo textos para recordar y estudiar normativamente y para analizarlos desde el punto de vista jurídico en sus fuentes, su interpretación y su sentido. Han sido, así mismo, instrumentos normativos nacidos de una realidad histórica, que han incidido en esa realidad y que, sin perjuicio de la existencia de otros factores económicos, sociales y culturales, la han – dentro de ciertos límites – conformado y modelado. Su acatamiento, tanto como sus violaciones, su vigencia tanto como los períodos de facto nacidos de su conculcación, han sido y son elementos ineludibles para comprender el proceso histórico uruguayo y para captar la realidad nacional.

Es por eso que no puede hacerse historia del Uruguay sin entender y enseñar este extremo.

Pero, además, la importancia histórica de nuestras constituciones no se limita, - y no se ha limitado nunca y no podía limitarse -, a lo relativo al aparato gubernamental, es decir de su parte orgánica, incluido, naturalmente, todo lo relativo a la relación entre los poderes de gobierno. Se integra, asimismo, con el análisis de su parte dogmática, de los valores y principios constitucionales y de las ideas que están en su fundamento y de la incidencia de esta parte en el proceso histórico, ideológico y político, de formación y desarrollo del Uruguay.

Por eso se incurre en un inexcusable error histórico – muchas veces cometido, sobre todo en los últimos años, – al analizar, por ejemplo, sólo lo relativo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en las Constituciones de 1830, 1918 y 1934, olvidando todo lo restante y la consideración de la totalidad del texto constitucional en su proyección en el desarrollo real de la vida de la República.

Es útil referirnos a algunos casos referentes a las Constituciones que rigieron en la República, para ejemplarizar esta afirmación.

No puede estudiarse la historia del Uruguay en el siglo XIX sin el análisis del significado de la Constitución de 1830, de la ideología en que se fundamentaba, de sus ajustes y desajustes con la realidad, de sus efectos sobre la sociedad y la convivencia, de su incidencia en la formación del ser nacional, de sus violaciones, del ideal que encarnaba y de la acción docente que cumplió en la conformación de una conciencia institucional y de la consiguiente evolución política de la República.

El gran debate histórico y jurídico, sobre los méritos y defectos de la Constitución del 30, que apasionó a historiadores y juristas ¹¹⁴, creo que hoy ya está superado. Lo que dije en mi libro “Evolución Constitucional del Uruguay”, desde la primera edición de 1960 hasta la tercera de 2001, pienso que constituye un punto de vista que puede ser objeto de un relativo consenso actual.

Dije en mi libro:

“El pretendido desajuste con la realidad, el invocado lirismo de los constituyentes, no fue, así, una omisión o un error, sino la consecuencia, buscada y querida, de la voluntad de imponer un sistema normativo que representaba el esquema jurídico de una ideología política. Se produjo, en consecuencia, un frecuente conflicto, usando la expresión de Heller, entre normalidad y normatividad, porque en cierta forma y en determinadas materias reguladas por la Constitución, no se estaba creando derecho válido, sino sólo un plan de derecho para el futuro. Esta “oferta” – para utilizar nuevamente la expresión de Heller – que el constituyente hacía a los destinatarios de las normas, sólo producía naturalmente derecho vigente en la medida que las normas “salen de su existencia en el papel para confirmarse en la vida humana”.

Con este punto de vista se comprende y se valora en forma adecuada la Constitución de 1830. No pudo, es natural, regular la totalidad de una vida política fundada en una realidad que no se ajustaba al esquema normativo previsto constitucionalmente.

¹¹⁴ Por ejemplo, con visiones negativas: Francisco Bauzá, La Constitución Uruguaya, en Estudios Constitucionales, cit; Alberto Zum Felde, Proceso Histórico del Uruguay, Cap. IV, 3ª. Edición, Montevideo, 1945; Juan E. Pivel Devoto, Historia de la República Oriental del Uruguay. Con visiones positivas; Juan Andrés Ramírez, Sinopsis de la Evolución Constitucional, El Plata, Julio de 1930, Montevideo, 1949, Pablo Blanco Acevedo, La Constitución de 1830, en Estudios Constitucionales, cit; Justino Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, Tomo I págs, 36 - 45; La Constitución de 1952, Tomo I, págs. 10 - 20; José Pedro Massera, Op. Cit, Cap. III y Gonzalo Aguirre Ramírez, La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional de 1967, R.D.J.A, Tomo 67, Montevideo, 1969.

Pero creó un orden jurídico, fundado en algunos de los principios en que aún hoy se asienta nuestro sistema, y sus normas básicas – contempladas casi siempre como un ideal y un objetivo necesario . ejercieron una constante docencia cívica, influyendo siempre en el proceso, lento y difícil, de perfeccionamiento cívico y político de la República”.

No creemos, en consecuencia, que la obra de los Constituyentes de 1829 pueda ser seriamente objetada en base a estas críticas. Las vicisitudes de nuestra vida institucional en el siglo XIX no fueron causadas por la Constitución de 1830, sino de profundas razones sociales y económicas. Cualquiera que hubiera sido la solución institucional dada al país en 1830, la República habría vivido igual un largo período de conmoción, de guerras civiles sucesivas y de falta de respeto por las soluciones basadas únicamente en el derecho y en la voluntad electoral.

Lo único que podía hacerse era elaborar una Constitución que significara un símbolo, querido y respetado, que fuera, lentamente, acostumbrando al país a vivir sometido a una organización constitucional, acompañando y encarando un proceso de madurez política y de progreso económico y social¹¹⁵.

En la Constitución de 1830 – como en todas las posteriores - no sólo interesa, para la historia nacional, la organización del Poder Ejecutivo y el fenómeno de la omnipotencia presidencial real, basada en el presidencialismo desbordado que existió en el siglo XIX y a comienzos del XX. Lamentablemente muchas veces el análisis hecho por algunos historiadores se ha detenido en este aspecto.

Su influencia, para incidir en la realidad y para generar el acercamiento de esta realidad a la normativa constitucional, es un tema esencial, que incluye, además, entre otras, la cuestión de las libertades, derechos y garantías y del carácter religioso del Estado, que la Carta de 1830 establecía.

Mucho de lo esencial de la Carta del 30 permaneció inalterable en el posterior proceso histórico nacional. Mucho, asimismo, fue lo que cambió. Cambio en la normatividad constitucional posterior y cambio en la realidad que siguió a la sociedad en la que la Carta del 30 había regido. En esta relación recíproca entre normatividad y realidad, entre deber ser y ser, entre cambio y continuidad, hubo algo que fue quizás el efecto político más importante de la Constitución de 1830. En los ochenta y ocho años de su vigencia teórica, de su acatamiento y de su violación, del abismo existente, en tantos casos y situaciones, entre normatividad y realidad, el ideal del necesario respeto de la Constitución se fue afirmando cada vez más y el aprendizaje del difícil proceso de comprender la necesidad de vivir efectivamente bajo la ley se fue cumpliendo paulatinamente. Esta conciencia no logró impedir las rupturas constitucionales que el Uruguay sufrió en los siglos XIX y XX, pero contribuyó a crear un cambio de conciencia, preñado de consecuencias de todo tipo. Fue probablemente el aporte más importante de la primera Constitución a la vida futura de la República.

La Constitución de 1918 dejó también una marca determinante en la historia del Uruguay. No sólo por la cuestión de la organización del Poder Ejecutivo, - con la introducción parcial de un régimen colegiado, en una curiosa solución mixta o dual, - sino asimismo, por cambios que han subsistido hasta hoy y que han marcado, desde entonces la historia y la realidad del Uruguay.

Las novedades introducidas en cuanto a los Derechos Humanos (proscripción de la pena de muerte, referencia a los habitantes en vez de los ciudadanos en relación a la totalidad de estos derechos, la inclusión de la libertad de reunión y de asociación y el carácter laico del Estado uruguayo, la plena libertad de cultos y las garantías constitucionales del sufragio, - en especial el voto secreto -, fueron, entre otros, aportes definitivos, ya irrenunciables, al sistema político del Uruguay. Lo mismo puede decirse de la necesidad del reconocimiento de la descentralización territorial y de la autonomía de los servicios del dominio industrial y comercial del Estado y de la enseñanza oficial.

Pero sin duda el efecto más profundo y duradero de la Constitución de 1918 sobre la realidad nacional fue la incidencia de las garantías del sufragio que ella estableció, sobre el proceso político, basado desde entonces en la verdad electoral, en la eliminación del fraude, en la disminución de la influencia electoral de los gobernantes y en el estricto y efectivo control de los actos electorales. Esta comprobación es esencial.

Fue, en efecto, sólo después de la Constitución de 1918 que como consecuencia de ella – sin desconocer la existencia de otros factores -, que el Uruguay conoció la plena libertad política, la ausencia del fraude y que el voto ciudadano adquirió su pleno significado. Su aporte a la estructuración de un Estado de Derecho fue esencial.

¹¹⁵ 3ª. Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, págs. 43 - 44 .

Nunca más, ni siquiera durante los regímenes de facto que existieron, esto pudo desconocerse ni negarse.

La Constitución de 1934 ha tenido y continúa teniendo una importante significación política y jurídica. No es este texto la casi caricatura, teñida de intencionalidad política, que algunos historiadores actuales han querido presentar, como si esta Carta fuera únicamente la proyección del Golpe de Estado del 31 de marzo de 1933 y el resultado de un pacto político, reduciéndola al Senado de 15 y 15 y a la impuesta distribución bipartidista de las carteras ministeriales. Se olvida la significación, hasta hoy vigente, de la inclusión constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, la libertad de enseñanza, lo relativo al modelo constitucional de economía mixta, al sistema de contralores jurídicos, al régimen de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral y la previsión constitucional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Fueron estos logros consagrados en 1934, que junto con los incluidos en 1918, han quedado como avances institucionales definitivamente incorporados al sistema constitucional de la República.

La Constitución de 1934 agregó a la garantía del voto secreto, que venía de la Constitución de 1918, la obligatoriedad del voto (art. 68.3, actualmente art. 77.2). Sin embargo en la elección de la Asamblea Nacional Constituyente de 1933 y en la elección de 1938, se produjo la abstención de dos importantes grupos políticos (El Batllismo y el Partido Nacional Independiente), fenómeno negativo para el ejercicio democrático, generado, en parte, por la Constitución del 34, cuya legitimidad impugnaban estos grupos políticos, pese a haber sido adoptada por una Convención Nacional Constituyente elegida por el pueblo y ratificada plebiscitariamente por el Cuerpo Electoral.

La Constitución de 1942 no sólo cambió la base política de la Carta de 1934, sino que incluyó un texto, el artículo 282 de esa Constitución (hoy 332), que confirmó de una manera expresa el carácter directamente normativo y la aplicación inmediata de la Constitución, aún a falta de reglamentación legislativa, texto que al igual de lo que ha pasado con importantísimas inclusiones introducidas en 1918 (art. 173) y en 1934 (arts. Capítulo II de la Sección II, art. 39 – 60, actualmente Capítulo II de la Sección II, arts. 40 - 71), han constituido elementos definitivos de nuestro sistema político e institucional.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1942 terminó la abstención de los grupos políticos que habían seguido esta conducta política. Nunca más hubo en el Uruguay abstención proclamada por algunos grupos políticos. Esto significó un cambio histórico en la realidad política.

En esta revisión panorámica de las incidencias de los sucesivos textos constitucionales, sobre la realidad nacional, basta con lo ya dicho, sin que sea necesario entrar a referirnos a lo ocurrido al respecto con las Constituciones de 1952, de 1967, de 1996, y la limitada reforma de 2004. Sin embargo no puede dejarse de constatar la influencia política y económica de la Constitución de 1952 sobre la evolución general del país y la historia uruguaya en los años que siguieron a su entrada en vigencia, ni lo que la Carta de 1967 y sobre todo la aplicación que se hizo de la misma en los difíciles años posteriores a 1967 que precedieron el Golpe de Estado de 1973¹¹⁶, significó en el proceso que llevó a la ruptura institucional de 1973 y su significación simbólica con el retorno democrático de 1985, ni la trascendencia de lo que los cambios introducidos en 1996 en el texto constitucional tuvieron en el nuevo panorama político y gubernamental, especialmente el que resultó de las elecciones de octubre de 2004.

Al recuerdo de lo que las Constituciones han incidido como factores para el cambio de la realidad social, económica y cultural, en su más amplia y comprensiva acepción, es necesario sumar y tener en cuenta la consideración de lo que la realidad, a su vez, ha incidido en la planeación, la adopción, la aplicación, la aceptación, o el rechazo - con mayor o menor intensidad o resultados -, de los sucesivos textos constitucionales de 1830, 1918, 1934, 1942, 1952, 1966 y 1996.

Pero esta visión de la acción y reacción - limitada pero innegable - de las constituciones sobre la realidad y de ésta sobre el Derecho, carecería de veracidad completa en la historia del Uruguay, si no se completara con la esencial referencia a los efectos de los Golpes de Estado y de los Gobiernos de Facto, es decir de realidades meta jurídicas, sobre el orden constitucional y sobre la realidad política y, a su vez, los efectos de esta realidad sobre al continuidad, efectividad y muerte de estos sistemas de facto, violatorios, en sí mismos, del orden constitucional.

No puede, así, dejarse de mencionar el enorme trauma generado en la realidad histórica uruguaya por el régimen de facto que existió entre 1973 y 1985, - tan distinto de su naturaleza, elementos intensidad y duración de los otros regímenes de facto del Siglo XX, - caracterizado por la violación genérica y completa de

¹¹⁶ Héctor Gros Espiell. Evolución Constitucional del Uruguay, 3ª. Edición, cit., págs 129 – 137; Gonzalo Aguirre Ramírez, La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución de 1967, en R.D.J.A., Tomo 67, Montevideo, págs. 172 – 182.

todos los principios constitucionales tradicionales del Uruguay, por el vacío total de legitimidad que existió en esos años trágicos, por la profundidad de las violaciones de los derechos humanos y por su naturaleza profundamente antidemocrática ¹¹⁷.

Es del caso recordar que el estudio del proceso político y social que condujo al Golpe de Estado de 1973 ha sido hecho con sagacidad y justeza crítica, pese a las diferencias en los enfoques, por historiadores y politólogos. Sin embargo no siempre éstos han tenido en cuenta la necesidad de considerar los aportes hechos al conocimiento histórico de este período desde el campo jurídico, así como también la proyección histórica y política del análisis jurídicos. Las reflexiones hechas por muchos juristas uruguayos sobre el proceso que antecedió al golpe de Estado de 1973 y la naturaleza de los elementos y caracteres de la dictadura que asoló a la República desde esa fecha hasta marzo de 1985, son aportes que no pueden ser ignorados ni dejados de tener en cuenta por los historiadores al estudiar esos años.

Sólo como ejemplo, al que se podrían agregar otros muchos, reproduzco lo que, analizando ciertos aspectos jurídicos del golpe de Estado de 1973, dije en una Conferencia reciente:

“La primera afirmación que hay que hacer es sobre la naturaleza de al ruptura del orden constitucional, el 27 de junio de 1973. No fue una violación parcial y limitada de algunos artículos de la Constitución. Fue el arrasamiento total y completo del sistema constitucional. Fue el arrasamiento integral del sistema jurídico – político basado en la Constitución. Nada subsistió, en verdad, de la Constitución de 1966, aunque el régimen de facto siguió citando hipócritamente la Constitución, y de esto hay prueba en todos los documentos que analizamos hoy, pretendiendo que algunos preceptos seguían vigentes e incluso invocándolos cínicamente. Fue de tal modo el 27 de junio del 73 el fin de la Constitución de 1966, sustituida por un régimen de facto sin base democrática constitucional, que creaba su propio régimen jurídico, que llegó incluso, lo que no pasó ni en el 1933, ni en 1942, y que no tenía precedentes en el Uruguay desde 1830, a atribuirse el Poder Constituyente. Por primera vez en la historia del Uruguay, un gobierno de facto se autoproclamó titular del poder constituyente. Los 19 “actos constitucionales”, en efecto, no fueron sometidos a plebiscito, sino simplemente, se adoptaron por el gobierno en uso de sus facultades dictatoriales de facto.

Ahora bien. La Universidad fue avasallada y desconocida en su esencia, impedida en los hechos de actuar con libertad y autonomía desde el mismo día del Golpe de Estado, es decir el 27 de junio de 1973. Y esto es así porque si bien en el Decreto del 27 de junio de 1973, relativo a la clausura del Senado y de la Cámara de Representantes, y del dictado al día siguiente sobre las Juntas Departamentales, no nombran a la Universidad, de hecho, desde ese día, la Universidad dejó de ser un organismo autónomo, con una autonomía propia basada en la Constitución y en la ley.

Por eso el Golpe de Estado del 73, que tuvo en los hechos una proyección mucho más amplia de lo que resulta expresamente de la letra del Decreto del 27 de junio del 73, tuvo una naturaleza y una proyección absolutamente antidemocrática y reaccionaria” ¹¹⁸.

El seguro fin de la Dictadura tuvo ya su temprano anuncio con el plebiscito en el que se rechazó el proyecto de Constitución preparado por el gobierno de facto.

Este proyecto de Constitución de 1980 ¹¹⁹, elaborado y presentado por la Dictadura, autoritario y reaccionario, rechazado y repudiado por el pueblo uruguayo en un histórico plebiscito, debe ser recordado como ejemplo de que un intento de reforma constitucional, contrario a la tradición democrática de la República, no podía lograr su aprobación, pues contrariaba los principios fundamentales decantados en un proceso histórico centenario, pese a las reiteradas violaciones y quiebres que sufrió la vida institucional durante el proceso constitucional. Pasó así ese proyecto sin incidir en el cambio institucional y político y su único efecto fue, luego

¹¹⁷ Héctor Gros Espiell; Evolución de la Organización Política Constitucional en América Latina (1950 – 1975); Uruguay, Evolución Constitucional del Uruguay en los Últimos Setenta Años (1917 – 1987). Este estudio fue publicado en México, en el volumen dedicado a la evolución constitucional en América Latina entre 1917 y 1987 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y reproducido en Héctor Gros Espiell, Estudios Constitucionales, Ingranussi, Montevideo, 1998. Se encuentran asimismo en el Libro que contiene las Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I, México, 1987, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXVIII, Montevideo, 1987 y en Héctor Gros Espiell, Estudios Constitucionales, Ingranussi Ltda., Montevideo, 1998, pág. 157 – 169.

¹¹⁸ Héctor Gros Espiell, en el libro “Documentos de la Intervención en la Universidad de la República”, Cátedra Unesco de Derechos Humanos, Universidad de la República, Archivo General de la Nación, Montevideo, 2004, pág. 10.

¹¹⁹ El Proyecto de 1980, fue objeto de un minucioso análisis por el Prof. Eduardo Esteva, publicado en un suplemento del Periódico “El Diario” de Montevideo. Sobre su crítica y el proceso que condujo a él: José Korseniak, “La Constitución Militar Rechazada”, en el Coloquio “La Política de Institucionalización del Estado de Excepción y su Rechazo por el Pueblo Uruguayo”; S.I.J.A.U, Bruselas, 1981.

de ser rechazado por el pueblo, el de marcar el inicio del fin de la Dictadura. Este fin, resultado de las elecciones de noviembre de 1984 y del inicio del nuevo gobierno el 1 de marzo de 1985, señaló la vuelta a la legitimidad constitucional, y el renacimiento de la Constitución de 1966, dando renovado sentido histórico – noblemente simbólico - a la Constitución.

Como dije hace años comentando el significado de la vuelta en 1985 a la senda constitucional:

“Lo ocurrido en la República entre 1973 y 1985 es un ejemplo, de alta importancia docente, de la necesidad de preservar siempre, mediante una lucha diaria, la democracia y la libertad; no de considerar nunca que estos valores están definitivamente adquiridos y sin inmovibles; de comprender los trágicos peligros, y contradictorios efectos de los movimientos subversivos del tipo de los que asolaron al Uruguay entre 1969 y 1972, y de la fuerza decisiva de la voluntad del pueblo de restablecer la Democracia, simbolizada en el retorno a la vigencia de la Constitución arrasada por la dictadura. La tradicional “vocación democrática” del pueblo uruguayo pudo finalmente, luego de los oscuros años de la dictadura, imponerse y el país fue así capaz de retomar a la gran línea de su desarrollo histórico.

La Constitución volvió a tener, de tal modo, su significado más alto: el de ser no sólo un conjunto de normas situadas en el cúspide normativa del orden jurídico estatal, sino el de simbolizar las aspiraciones democráticas del pueblo y construir la bandera de la lucha por el progreso, el desarrollo y por la convivencia pacífica de todos, en un orden de libertad y justicia.

La vuelta a la Constitución de 1966, - que no fue ni puede considerarse que fuera un texto perfecto, y que habría de ser modificado en el futuro de manera democrática, en otras circunstancias políticas, de acuerdo con los procedimientos de reforma que la propia Constitución establece -, ha significado el retorno a la democracia en el Uruguay”¹²⁰.

VI Conclusiones

En la historia política del Uruguay – teniendo en cuenta la significación de ésta en la historia general del País -, el tema institucional y jurídica tiene una importancia muy grande.

No puede hacerse ni enseñarse la historia política de la República sin conocer el Derecho que en ella rigió, su relación con la realidad y los intentos y los resultados, los triunfos y los fracasos, de la voluntad de transformar esa realidad por medio del Derecho, especialmente del Derecho Constitucional.

Esa acción, - diferente en los distintos momentos históricos, en su intensidad y modalidades -, del Derecho sobre la realidad, coexiste con la acción de la realidad sobre el Derecho, sobre el proceso de su creación, cambio y aplicación, sin perjuicio del necesario respeto de lo que el propio Derecho determina para su elaboración, reforma y derogación.

Nunca podría describirse y entenderse la realidad histórica de una sociedad si no se conoce el Derecho que rige en esa sociedad.

Sin conocer y sin comprender, - sin anteojeras ideológicas capaces de impedir o deformar la presentación o descripción del Derecho, como normatividad y como realidad objetiva, - es imposible tener conciencia verdadera de la historia política del Uruguay. Sin la historia política – de las instituciones, de los partidos y de las ideas – parte no única, pero necesaria de la historia general – no hay historia. Y sin incluir en esa historia política, la historia jurídica, la historia constitucional y el conocimiento de lo que la realidad del Derecho y la doctrina nacional han aportado al respecto, no habrá verdadera historia política y no habrá, en consecuencia, verdadera historia nacional.

¹²⁰ Héctor Gros Espiell, Evolución Constitucional del Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria,³a. Edición, Montevideo, 2003, pág. 144.

TESTAMENTO VITAL Y DERECHO PENAL ¹ :

Dr. Martín Pecoy Taque.

“No me dejaré llevar por ninguna súplica que me convenza para suministrar a nadie ninguna droga letal como tampoco la aconsejaré”
(extracto del Juramento hipocrático N° 4)

SUMARIO:

I. **Proemio.** Alcance del estudio. II. El “*living will*” anglosajón (o testamento biológico –vital–). III. Concepto. IIIi. Naturaleza Jurídica. IIIii. Legitimidad, validez y eficacia de las previsiones. IIIiv. Realidad en USA. IIIv. ¿Es el testamento un vehículo adecuado para contener las disposiciones típicas de un Testamento Vital? III. **Cuestión Preliminar:** Distinción de la *Eutanasia* (cuestión bioética, clases de eutanasia, proporción en los medios, ortotanasia o morir con dignidad, distanasia o furor terapéutico). IV. **Incidencia del instituto en el Derecho Penal.** IVi. Cumplimiento de la ley (posición de garante del médico). IVii. Determinación o ayuda al suicidio. IViii. Consentimiento (estudio particular del consentimiento informado). IViv. Homicidio piadoso. IVv. Misión del Derecho Penal (¿deben tipificarse conductas en relación al Testamento Vital?). IVvi. Proyecto de Ley de Testamento Vital. V. **La Cuestión de la vinculación unilateral de la voluntad y cumplimiento forzoso del acto por terceros.** VI. **Propuesta para el Derecho uruguayo.** VII. **Reflexiones y Conclusiones finales.** VIII. **Modelo de Testamento Vital propuesto.** IX. **Referencias Bibliográficas.**

I. Proemio. Alcance del Estudio.

Trataremos en este trabajo una cuestión que entendemos de mucha actualidad y que merece de nuestra parte un profundo estudio.

Por supuesto que este estudio no pretende agotar la materia, por el contrario intenta motivar, incentivar la investigación de las problemáticas que de él se derivan, y un sinceramiento como sociedad respecto de los bienes jurídicos que se pretenden proteger.

En el ámbito del Derecho comparado se estudian en la actualidad, algunas figuras jurídicas a través de las cuales se pretende lograr una solución a problemas derivados con la adopción de tratamientos en casos de enfermedades terminales² de carácter irreversible que afecten a las personas físicas en el curso de su vida.

En efecto, se analizará en el presente la figura que se ha dado en llamar el “*Testamento Vital*”, reflexionando en una primer instancia sobre su naturaleza jurídica y realidad en los países que han previsto tal instituto, para luego adentrarnos en su incidencia en el ámbito del Derecho Penal.

Se trata de disposiciones unilaterales otorgadas por un sujeto en pleno uso de sus facultades y en completo estado de lucidez mental, con el objetivo de disponer respecto de su persona y salud, ante la eventualidad

¹ Tesis final del primer año de la Aspirantía a Profesorado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, disertada por el Dr. Martín Pecoy Taque el día 16 de diciembre de 2005, ante el Tribunal Examinador integrado por el Escribano Guillermo Rosatti, el Prof. Dr. Miguel Langón, y el Prof. Invitado Dr. Pedro J. Montano, quienes le premiaron con la calificación de Excelente.

² Y entendamos por enfermedad terminal lo que Guido BERRO ROVIRA entiende: “en determinadas ocasiones y dada la naturaleza de algunas enfermedades, las posibilidades de curación no existen o fracasan y la muerte se espera que ocurra en un plazo no mayor a seis meses” (ver BERRO ROVIRA, Guido. “*Lecciones de Medicina Legal*”. Carlos Alvarez Editor. Montevideo, 2005. Página 144).

de que sobrevenga una enfermedad terminal. Evidentemente, y particularmente en casos en que el disponente se encuentre imposibilitado de manifestarse (o sencillamente se encuentre inconsciente), el cumplimiento de las disposiciones implica designación de encargados o ejecutores de realizar su voluntad.

El tema que analizamos, halla su fundamento jurídico en el principio de autonomía de la voluntad, y se advierte en un análisis "*prima facie*", que el instituto entraña una serie de consecuencias jurídicas de relevancia, como ser el revertir ciertas obligaciones del médico respecto a su paciente, en caso de que se disponga la voluntad de no someterse a tratamientos excesivos (*ver infra IVi*) al sobrevenir una enfermedad terminal.

No escapará al lector, que el tema en su tratamiento habitual está teñido de subjetividad por el evidente choque de impresiones que encontramos al momento de que cada persona afronte esta situación en relación a un ser querido. Como es sabido, en tales situaciones se mezclan percepciones sobre lo costoso, largo y doloroso de ciertas enfermedades, que derivan en opiniones y visiones distintas según la personalidad de cada familiar o allegado.

No obstante ello, considero de vital importancia el centrar la atención en la vida e integridad física del disponente, que son los bienes jurídicos que están en juego.

A ello puede adosarse las exigencias de un mundo economizado, un planeta mercantilista, consumista, informatizado, medicalizado, en el cual la persona importa en cuanto a su productividad. En este mundo, en que la incapacidad conspira contra la naturaleza personal, y la muerte, la vejez y enfermedad constituyen disminuciones de la muy pretendida omnipotencia del hombre. Esta visión, aunque negativa del mundo tecnologizado, reviste una lectura positiva que se encuentra radicada en las nuevas necesidades económicas, humanas y familiares que observa la persona, y que a la vez generan nuevas situaciones de riesgo, que nosotros como juristas estamos llamados a regular adecuadamente.

El tema de los avances sanitarios y el progreso médico (así como los avances en la farmacología y la vacunación) es un aspecto digno de consideración, para nada bizantino, desde que de los orígenes de la medicina hasta nuestros días se han logrado avances en la medicina respecto pandemias que en siglos previos exterminaron pueblos enteros.

Por otra parte, esos mismos avances de la medicina que han permitido la curación de graves enfermedades, han posibilitado que actualmente se pueda discutir sobre la posibilidad de postergación de la muerte (dicho de otro modo la prolongación de la vida) y el mantenimiento artificial de la misma, cuestión que analizaremos en cuanto a su relevancia jurídico-penal (*vide infra IViii*).

Deberá procurarse entonces, un ejercicio ético de la medicina de carácter más humanitario, siendo el deber médico de asistencia un apoyo y cuidado en el devenir hacia la muerte, considerado como proceso de vida, eliminando o aliviando el dolor y permitiendo un tránsito y una declinación en paz.³

En efecto, las pandemias que atacan la civilización actual, como ser Alzheimer, demencia senil, SIDA, y flagelos que provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de su tratamiento en caso de sobrevenir esas u otras afecciones graves.

La vigencia y actualidad del tema se acrecienta cuando pensamos en que estas realidades no son un fenómeno episódico.

Insoslayable es la discusión que se presenta relativo a la disponibilidad de la vida, más aún si lo hacemos desde una óptica jurídico-penal. Las primitivas concepciones católicas que elevaban a la vida como indisponible tiñen los conceptos y normas desde el inicio de la ciencia del Derecho Penal, tanto que la doctrina en general es conteste en que es indisponible además por el carácter público del Derecho Penal.

Desde otra postura filosófica de la realidad, se concibe que moralmente resulta incorrecta la actitud que se acaba de desarrollar, puesto que impone una disposición de la vida que ni siquiera el titular mismo de ese derecho a la vida posee legítimamente.

No obstante la enorme vigencia práctica del tema, desde el digesto justiniano hasta nuestros días se ha buscado infructuosamente una solución en el Derecho continental, mas ocurrió dicha regulación en el foro anglosajón.

El vacío institucional para sistematizar una necesidad humana en el plano jurídico, es a la vez legal, jurisprudencial y doctrinario. Asimismo, encontramos un gran abismo entre la caducidad obligatoria del mandato por incapacidad del mandante y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos durante la vida del testador –dado su carácter *mortis causa*, según el cual sólo produce efectos al fallecimiento de quien

³ A esto se refiere Hipócrates cuando dice "... mi único fin será cuidar y curar a los enfermos, responder a su confianza y evitar hasta la sospecha de haber abusado de ella..."

lo realizó-, y me explico: el mandato y el testamento considero que resultan parciales y reguladores de situaciones diferentes como para pretender englobar el instituto en estudio, espacio de vacío este que puede ocupar nuestro instituto.

De estarse a la anterior afirmación, parecería que estamos ante una falta inaceptable del ámbito jurídico todo, pero existen algunas causas de este vacío:

- 1) la prolongación de la vida es un hecho nuevo,
- 2) un hecho natural del hombre es rechazar la muerte y las enfermedades,
- 3) el desarrollo normativo no ha acompañado al desarrollo relativamente reciente de las técnicas de diagnóstico precoz de la medicina.

Consecuentemente, cabe aseverar que los ordenamientos jurídicos en iberoamérica permiten la disposición en previsión de una eventual enfermedad terminal, pero se plantean problemáticas que hacen conveniente su regulación minuciosa en forma específica y sistemática.

Conducentes con tal afirmación resultan las expresiones de ALLER, cuando afirma que “tanto la ética médica como los textos legales, la jurisprudencia y la Iglesia católica han aceptado de buen grado que se acompañe a la muerte. Concepto no eutanásico en el sentido actual, sino humanitario que admite no prolongar artificialmente la vida, dejando así que el proceso vital siga sin interferencia su curso natural hacia la muerte”.⁴

En tal sentido, estimo fundamental sancionar disposiciones que autoricen y confieran eficacia a las decisiones mediante las cuales un sujeto pretende disponer para su última enfermedad, previendo:

- a) un final de su existencia ajustado a sus designios personales,
- b) decidir en quien confía para el gobierno de su persona,
- c) el rechazo de cualquier tratamiento desproporcionado cuando no existen posibilidades de curación,
- d) la autorización para la administración de medicamentos que detengan el dolor, aunque esto acelere el proceso de la enfermedad terminal.

Todas estas disposiciones, tienen origen, como mencionáramos *ut supra*, en el derecho anglosajón, y particularmente en el “*living will*” o “*Testamento Vital*” desarrollado en Estados Unidos desde el año 1938.

Cierto es que el tema al que voy a avocarme reviste muchas aristas filosóficas y deontológicas, pero intentaré brindar una visión de la realidad jurídica y el posible futuro de una implementación uniforme y reglada del instituto del Testamento Vital.

II. El “*living will*” anglosajón (o testamento biológico –vital-).

III. Concepto.

El *living will* se define como la voluntad viva que tiene una persona de dar la orden expresa y anticipada de no autorizar el empleo de medidas destinadas a prolongar la vida, en caso de una enfermedad terminal o de lesión irreversible, es decir, el documento mediante el cual una persona en pleno uso de sus facultades dispone que de encontrarse padeciendo una enfermedad en estado terminal irreversible, autoriza expresamente a que no se le prolongue la vida artificialmente.

Los vocablos en idioma inglés han sido traducidos con libertad al castellano como testamento vital, testamento de vivos o sobre mi vida, testamento biológico, e incluso se habla de instrucción u orden de muerte natural.

La referida denominación hispana resultaría *ab initio* un contrasentido puesto que un testamento de vivos no es posible, y lo mismo ocurre con las demás traducciones que resultan ambiguas, por lo que la frase “disposiciones vitales” me parece ajustada –pese a que es portadora de una gran amplitud–.

Pero, fuera de esta cuestión terminológica, debe señalarse aquí que el *living will* no constituye un verdadero testamento en el sentido jurídico que el derecho anglosajón reconoce y que se define como “la expresión legal o la declaración de la voluntad de muerte de una persona o de los deseos de esta referente a la disposición de sus bienes, para tener efecto o para ser realizada después de su muerte”⁵

⁴ ALLER, Germán. “*Eutanasia, Eugenesia y Vida*”, publicado en el libro “*Criminología y Derecho Penal*”, obra conjunta con el Dr. LANGÓN, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005. página 219.

⁵ Véase: BLACK’S LAW DICTIONARY, sexta edición 1990.

Por el contrario el *living will* surtirá sus efectos exclusivamente durante la vida del otorgante y se entiende como un “documento que rige el mantenimiento o la suspensión de un tratamiento médico cuyo objeto sea el mantener la vida de una persona (el propio otorgante), en el evento de que se presente una condición incurable o irreversible que haya de producir su muerte en un período de tiempo relativamente corto, y cuando tal persona no se encuentre capacitada ya para tomar decisiones relativas a su propio tratamiento médico”.⁶

Por los testamentos ordinarios los sujetos disponen de sus bienes para después de la muerte. Los *living wills* prevén el tratamiento médico a seguir al final de la vida, antes de que llegue la muerte. No obstante su espectacular denominación, los *living wills* tienen un campo limitado: solo sirven para rechazar cuidados extraordinarios que tiendan a prolongar la existencia del declarante, y además únicamente son efectivos para rechazar ese cuidado cuando el paciente ha sido declarado en fase terminal o cuando la muerte esta muy cercana.

De manera que el *living will*, surge en el derecho anglosajón como un testamento puramente biológico, traducido como “morir con dignidad”.

Me atrevo a afirmar que el *living will* surge en el derecho anglosajón como una medida de protección que las instituciones o agrupaciones de profesionales médicos han diseñado y creado para permitir a sus miembros médicos hacer frente al inmenso caudal de juicios a los que se han visto sometidos, promovidos por pacientes o por familiares de estos, por motivos de los trastornos físicos o incluso por el fallecimiento acaecido durante su tratamiento.

Ello no deja de confirmarse cuando atendemos al elevado caudal de litigios que se suceden año a año en la sociedad norteamericana, siendo muchos los casos derivados de la “*medical malpractice*” –o “mala praxis médica”–.

Iiii. Naturaleza Jurídica

De lo dicho se deduce que el *living will* del derecho norteamericano tiene como naturaleza jurídica la de una declaración unilateral de voluntad no vinculativa ni para quien la hace, ni para quienes se dirige, con el reducido alcance de relevar de responsabilidad médica a los profesionales que atiendan al declarante en su última enfermedad o al final de su vida cuando sea incapaz de decidir por sí mismo.

En algunos Estados de Norteamérica la legislación permite que se pueda rechazar la realización de cuidados médicos para prolongar extraordinariamente la vida, en otros sin embargo, sucede que se le proporciona un mayor alcance llegando a ordenar el rechazo de cualquier cuidado médico, una vez que el paciente llega a adquirir una enfermedad terminal –tal es el caso del Estado de Texas–.

Asimismo, resulta menester aclarar que la declaración que constituye el llamado *living will*, no tiene contenido patrimonial alguno, y por lo tanto, no permite obtener vinculación alguna de destinatarios o terceros a través de transmisión o afectación de bienes.⁷

Iiiii. Legitimidad, validez y eficacia de las provisiones.

En el contexto de este trabajo, resulta imprescindible examinar la validez de las disposiciones establecidas por un individuo a través de un Testamento Vital.

De conformidad con lo enunciado *ut supra*, la persona puede disponer en vida cuál va a ser el destino de su salud cuando sobrevenga una enfermedad terminal irreversible. Como criterio rector de la doctrina comparada, encontramos que la persona puede disponer de todo cuanto quiera, salvo cuando incursiona en el campo del orden público o las buenas costumbres y más aún cuando perjudica a los legitimarios, afectando el indudable principio de la intangibilidad de las legítimas.⁸

De ello se desprende que la persona puede estipular en su Testamento Vital cualquier disposición o previsión en el orden sanitario, pero ellas no podrían significar un gravamen o carga sobre los causahabientes

⁶ LISA ANNE HAWKINS, *Living Will Statutes*. Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre de 1992, pag. 1.

⁷ Véase: COLLINS, Evan R. Junior, *The complete guide to Living Wills*, Bentam Books, noviembre de 1991.

⁸ El cual, en Uruguay, con la aprobación de la Ley 16.081 sobre el Derecho real de uso y habitación que le corresponde al cónyuge supérstite, podría resultar vulnerado dado que de ser insuficientes para cubrir el mencionado derecho las porciones de libre disposición y porción conyugal, se habilita a afectar la porción legítima.

o el médico tratante que al cumplirlas vayan contra el orden público, puesto que se tomarían por no escritas, en cuanto estarían afectadas de nulidad.

Pero apuntando a ley civil, resulta de orden mencionar que en virtud del artículo 2051 del Código Civil “Los negocios ilícitos o contrarios a las buenas costumbres, no pueden ser objeto del mandato”, de forma que si la naturaleza jurídica del Testamento Vital es de mandato, y se sostuviera la interpretación de considerar que la disposición de la vida va contra las buenas costumbres, entonces estaríamos ante un supuesto de invalidez.

No obstante, y si se superase la dificultad planteada por el artículo 2051 C.C., habría que enfrentarse a la disposición del artículo 2097 del mismo cuerpo, que reza: “Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo, si no puede valer como disposición de última voluntad”.

Pero, como advertirá el lector, he referido en condicional a esas implicancias de invalidez, porque como veremos más adelante, estas disposiciones del Testamento Vital resultan válidas en razón de la autonomía de la voluntad y en ciertas circunstancias penalmente resulta lícito.

IIv. Realidad en los Estados Unidos de Norteamérica.

Forzosamente debemos concluir que partiendo de la base de que el sujeto no puede disponer de su propia vida según la regla moral, tampoco puede autorizar a que otro lo haga según el derecho, pues sería siempre un acto injusto, dado que lo que no puede realizar el propio sujeto sin incurrir en falta, tampoco puede autorizar a otro para que lo haga.

Por otra parte, la regla subsiste aun cuando se trate de enfermos graves o terminales, pues el derecho a la vida no tiene que ver con edad ni con salud, con dolor o con gozo. Tal es la realidad en Estados Unidos, evidenciada en la resolución judicial del caso Cruzan que fue el *leading case* (caso determinante, que significó el primer tratamiento judicial del tema) en el Estado de Missouri. Nancy Cruzan de 25 años sufre un accidente de tránsito que como consecuencia la sumerge en estado vegetativo. Sus padres solicitaron interrupción de la hidratación y tratamientos ordinarios, pero el hospital que la trataba se niega. Finalmente, un tribunal estatal autorizó la medida pero la Suprema Corte (órgano Federal) estableció en alzada que ninguna persona puede asumir la responsabilidad de decidir por un incapaz sin las formalidades del *Living Will* y que la política estatal es la conservación de la vida.

Empero, no puede llegar a concluirse que la obligación de vivir sea absoluta pues la vida misma necesaria y fatalmente se acaba, la muerte es un hecho futuro y cierto que tendrá lugar en algún momento de las vidas de todos nosotros los seres humanos.⁹

Estimo conveniente encuadrar este instituto anglosajón dentro del campo de aquello que el individuo dispone durante su vida para tener efectos antes de ocurrir la muerte, vale decir, en una etapa que se ubica en su última enfermedad antes de ocurrir el deceso de la persona, o en caso de sobrevenir una incapacidad.

IIv. ¿Es el Testamento el vehículo adecuado para contener las disposiciones típicas de un Testamento Vital?

En este punto, nos abordan algunas interrogantes: ¿el testamento es el vehículo formal adecuado para contener las disposiciones de “autoprotección” en estudio?, ¿puede el testamento contener solamente tales estipulaciones?, ¿podrían ser conocidas por terceros en vida del disponente?, ¿el otorgamiento de un testamento posterior derogaría aquellas cláusulas que contienen tales disposiciones?

La decisión de estas cuestiones asume una enorme trascendencia práctica. En primer lugar, adelanto que el testamento no podría ser un instrumento adecuado para contener las disposiciones para el caso de un Testamento Vital, en tanto tiene efectos *mortis causa* y para las disposiciones de asistencia médica no tendría aplicación, y en cuanto a la ausencia de publicidad que domina al testamento en vida del testador que hace que no sea cognoscible por los interesados (léase: médico tratante y familiares más cercanos).

Para dar respuesta a las interrogantes, cabe destacar dos momentos una vez otorgado el testamento: un primero desde el otorgamiento hasta la muerte de su autor, y un segundo que nace con el fallecimiento del testador.

⁹ Al decir de Carnelutti: “el juez que firma una sentencia muerte, no condena a muerte, solo fija la fecha”.

En el primer momento el testamento frente a su autor tiene plena virtualidad –y es esencialmente revocable– y para el resto de las personas solo es relevante con la muerte del testador.¹⁰

En el segundo momento, el testamento adquiere carácter definitivo y produce sus efectos.

Conviene ahora, referir al aspecto de la publicidad, y la posibilidad del conocimiento de tales disposiciones por terceros. Aquí, partiendo de las premisas señaladas *ut supra*, es sencillo desprender la conclusión del gran inconveniente administrativo que significa el conocimiento de un testamento, cuanto más si se trata de este tipo de disposiciones (pese a que rige en la materia el principio registral por excelencia: la Publicidad Registral).

El punto último dentro del análisis del testamento lo constituye la materia destinada a la posibilidad de revocación de las disposiciones de autoprotección. Sin perjuicio de que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables –acorde al derecho común–, tal afirmación no debe implicar necesariamente que todo el contenido del testamento es revocable. En la especie, considero que la *ratio legis* de la disposición referida es que existe revocabilidad puesto que se presume que las estipulaciones contenidas en el testamento son de última voluntad.

No obstante lo dicho, entiendo que las normas de autoprotección serán revocables aunque no son de última voluntad, por cuanto son esencialmente mudables. Por lo cual, si en el testamento posterior nada se dice acerca de la compatibilidad del nuevo y el anterior y no se salva expresamente de la revocación, ello se tendrá por revocado totalmente.

Finalmente, una última cuestionante que es importante referir, pese a que no la anotáramos al comienzo de este capítulo, es lo siguiente: ¿que tipo de testamento puede contener las disposiciones de autoprotección?

Claro está que el testamento cerrado no es adecuado al respecto puesto que el otorgante no revela su voluntad, con lo cual al abrirse el testamento y protocolizarse el mismo, las disposiciones de autoprotección no podrán producir ningún efecto.

El testamento ológrafo tampoco resulta ajustado, puesto que también debe aguardarse un procedimiento, todo el cual ocurre luego de la muerte del testador.

Resulta entonces, descartados también los testamentos especiales, que el testamento abierto otorgado ante Escribano Público es aquel que ofrece mayores garantías al respecto.

III. Cuestión Preliminar:

Como se analizara *ut supra*, los testamentos vitales pueden contener muchas referencias y disposiciones para los casos en que ante la última enfermedad de la persona, o ante enfermedades graves, se aplique (sin perjuicio de que sea éticamente cuestionable) la eutanasia u otros mecanismos de muerte indolora, para evitar sufrimiento innecesario.

Antes que nada, prefiero hacer la salvedad de que no se pretende reflejar aquí el universo de las opiniones acerca de la eutanasia, ni mucho menos realizar promoción de tal práctica, sino que el objetivo del presente capítulo es tan sólo abrir el haz de posibilidades que la medicina presenta y la posible inclusión de alguno de los supuestos como hipótesis válidas de aplicación de las disposiciones en estudio.

Distinción de la *Eutanasia*

No intentaremos aquí referir a la validez desde el ámbito de la moral o la ética.

Tampoco que la institución en estudio se incline hacia esta dirección ni a la dirección del suicidio, sino que se busca diferenciar cuáles son los límites cuando se trata de disposiciones referentes a la salud del disponente.

No obstante, pretendemos dar un concepto de eutanasia que esclarezca el ámbito del que estamos hablando, y para ello referiremos en primera instancia al concepto amplio como “cese o mitigación de los sufrimientos de otra persona, implicando directamente la muerte”¹¹

¹⁰ La doctrina uruguaya es conteste a este respecto, pero me afilio a la postura de AREZO PIRIZ, Enrique: “*Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria*”. Rev. AEU. Vol. 73 pags. 25 a 37.

¹¹ BERRO ROVIRA, Guido. “*Lecciones de Medicina Legal*”. Carlos Alvarez Editor. Montevideo, 2005. Página 145.

Cuestión bioética

Generalmente la cuestión bioética se traduce en la siguiente interrogante: ¿Hasta donde llega el derecho del sujeto a impartir directivas sobre su persona, salud, calidad de vida?

La cuestión exige delimitar el concepto de eutanasia y sus variantes recurriendo a la ciencia médica.

Clases de eutanasia

Etimológicamente, se entiende como “buena muerte”, por la conjunción de dos vocablos griegos: “eu” que significa bueno, y “thanatos” que significa muerte.¹²

Pero más allá de la etimología, se entiende por eutanasia toda acción u omisión que por su naturaleza y su intención causa la muerte con el fin de eliminar el dolor.

Presupone la proximidad de la muerte del enfermo, así como la intención de quien la exige y de quien la practica: suprimir la vida; y un móvil: el liberarse de mayores sufrimientos insoportables.

Cabe resaltar que no existe eutanasia no deliberada, mientras que en la eutanasia pasiva consiste en una omisión, en la eutanasia activa estamos ante una intervención directa que provoca la muerte, por tanto adelantamos que en principio no se encuentra incluida como un acto de la *lex artis* del médico (la cual además del seguimiento del modelo asistencial implica todo lo concerniente al “correcto desempeño ético del caso, el respeto a los derechos del enfermo, la confidencialidad, el consentimiento, el ejercicio acorde a la deontología y a las normas profesionales”)¹³.

En este punto, resulta fundamental la distinción realizada por MONTANO en cuanto a los elementos que configuran la eutanasia, a saber:

- “1) un móvil de piedad hacia la víctima;
- 2) una situación objetiva de padecimiento de ésta y
- 3) una acción u omisión homicida.
- 4) las súplicas reiteradas de la víctima (elemento exigido por el Código Penal), y
- 5) que se trate de un autor con antecedentes honorables (exigido por el Código Penal).”¹⁴

Me adelanto aquí a establecer mi desacuerdo con aquellos que consideran la situación en estudio como un estado de necesidad –en cuanto existiría colisión entre el deber de salvarle la vida al paciente y evitarle sufrimientos innecesarios–, ya que a mi juicio estamos ante una hipótesis de atipicidad reinante por la autodeterminación del paciente, que puede resolver abandonar los tratamientos desproporcionados para que la enfermedad siga su curso.

Pues bien, siguiendo en la clasificación, conviene remitirnos al esquema de MANTOVANI (citado por MONTANO)¹⁵ quien divide en cuatro clases la eutanasia: a) Eutanasia Transpersonalista, b) Eutanasia experimental, c) Eutanasia Activa, y d) Eutanasia pasiva.

En este punto, se evidencian las argumentaciones utilitaristas que permean muchos aspectos de esta práctica, ello se evidencia en la primer clase, la Eutanasia Transpersonalista, que tiene por finalidad la eliminación de los individuos, sea por razones de graves deformidades o incapacidades (variante eugenésica), o por considerar la vida de ciertas personas una carga para la sociedad (variante económica), o bien con dolo directo –conciencia y voluntad– de matar (variante criminal), o en el caso de sacrificios de vida ajena para experimentar y realizar investigaciones médicas (variante experimental), o en aquellos casos en que se quita la vida a personas afectadas por enfermedades epidémicas (variante profiláctica), o directamente a personas que sacrifican su vida para brindar sus órganos a quien lo necesita (variante solidaria).

¹² PEDRO J. MONTANO. “Eutanasia y Omisión de Asistencia”, *Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Montevideo, Uruguay, mayo de 1994, página 34.*

¹³ BERRO ROVIRA, Guido. Ob. Cit., página 162. En igual sentido ORDOQUI CASTILLA, Gustavo en “*Derecho médico*”, *Primer Tomo*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2001. Página 92

¹⁴ PEDRO J. MONTANO. Ob. Cit., pag. 36.

¹⁵ PEDRO J. MONTANO. Ob. Cit. pag. 37.

No obstante, los motivos de piedad también tienen su fuerza plasmada en la clase de Eutanasia Personalista, de la cual es la muestra más plausible y lícita la eutanasia lenitiva (médico que “busca aliviar sufrimientos insoportables, como primer fin, (...) sin embargo la aplicación de potentes drogas, sobre todo morfina, en dosis importantes, producen un acortamiento de la vida”¹⁶).

Finalmente, arribamos a la clase de eutanasia caracterizada por una conducta humana, activa u omisiva, que se caracteriza por provocar la muerte mediante una intervención adecuada (activa), o por el aprovechamiento de una circunstancia para no emprender el tratamiento indicado (pasiva).

En el plano de la eutanasia activa resulta muy ilustrativo el aporte de BERRO ROVIRA al exponer sus dos variantes: indirecta (acortamiento de la vida por administración de un medicamento para paliar el sufrimiento) y directa (acortamiento directo de la vida del paciente).¹⁷

En definitiva, estas son variantes que como veremos *infra*, resulta de gran interés analizar para apreciar su grado de ilicitud y de encuadre dentro de las figuras penales aplicables, ya que en casos de eutanasia lenitiva no hay en el facultativo intención de matar sino un cumplimiento de la ley por ejecutar un acto de la *lex artis* (art. 28 Código Penal), descartándose las hipótesis de estado de necesidad, ayuda al suicidio u homicidio piadoso.

IV. Incidencia del instituto en el Derecho Penal.

IVi. Cumplimiento de la ley (posición de garante del médico).

En nuestro país, el artículo 28 del Código Penal regula la causa de justificación denominada Cumplimiento de la ley, y reza: “*Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto ordenado o permitido por la ley, en vista de las funciones públicas que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce o de la ayuda que le preste a la justicia*”.

Al decir de LANGÓN, las conductas realizadas en cumplimiento de la ley “no resultan antijurídicas, sino, por el contrario, ajustadas a derecho, ya sea porque la ley ha dispuesto un mandato para su realización, ya porque las haya simplemente permitido en determinadas circunstancias”¹⁸, de modo que el médico actúa el derecho y ajusta su conducta a las disposiciones legales correspondientes actuará entonces lícitamente.

Por tanto, con CAIROLI¹⁹ afirmamos que en la hipótesis de que el médico (en cumplimiento de las disposiciones de un Testamento Vital) al suministrar una droga que quite el dolor, consiga como efecto secundario el acortamiento de la vida, no comete homicidio en supuesto de eutanasia activa directa, sino que –por el contrario– su acto está justificado al amparo del cumplimiento de la ley (art. 28 Código Penal uruguayo).

Ello por cuanto “no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de acción) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de resultado)”²⁰. Y aquí una apreciación palpable de la realidad será ejemplificante, toda vez que como familiares o allegados a un paciente sufriendo interminables dolencias no tenemos conciencia de ilicitud respecto del suministro de fármacos para aliviarlo, sino que por el contrario lo aprobamos, como lo hace también la comunidad médica.

Pero a no olvidar que toda apreciación debe medirse (para evitar cualquier exceso) dentro de estos cardinales: el principio de mínima intervención y la antijuridicidad material.²¹

Este punto en particular (la responsabilidad médica) debe además ser examinado conforme a la finalidad de su voluntad, porque “la acción es ejercicio de actividad final”²², de manera que si nos estamos refiriendo a la figura típica del homicidio habrá que determinar si existe en el facultativo una intención de matar. Y en caso de que el médico actúe con convencimiento científico de que la medicación que suministra no producirá la muerte, estará exento de responsabilidad.²³

¹⁶ PEDRO J. MONTANO. Ob. Cit. Pag. 38.

¹⁷ BERRO ROVIRA, Guido. Ob. Cit., página 147.

¹⁸ LANGÓN CUÑARRO, MIGUEL. “Curso de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ediciones del Foro, Montevideo, Uruguay, 2001, tomo II, página 264.

¹⁹ CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. “La Eutanasia” (resumen de la ponencia para el Seminario Jurídico Internacional sobre Eutanasia realizado en Málaga del 2 a 6 de noviembre de 1994), publicado en La Justicia Uruguaya, Tomo 111, Montevideo, 1995, página 66.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría general del delito”. Editorial Temis, Colombia, 1990, página 86.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., página 88.

²² WELZEL, Hans. “Derecho penal alemán”, Parte general, traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yañez Ramírez, Santiago de Chile, 1976, página 53.

²³ LOPEZ BOLADO, José “Los médicos y el código penal”. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981. Página 102.

Aquí cabe entonces la reflexión respecto de si estamos ante una posición de garante en que se coloca el médico –y hablamos ahora de un supuesto de omisión impropia o comisión por omisión–²⁴. Como es sabido el artículo 44 de la Constitución pauta la obligación de que los habitantes de la República cuiden su salud, por lo que en caso de que eso no sea posible, el médico es el garante de la vida.

A mi entender existen dos fuentes que en ese caso fundamentan la posición de garante del médico, a saber: 1) función protectora del bien jurídico (dada la vinculación directa con el mismo), y 2) aceptación voluntaria de una específica función protectora del bien jurídico vida, cual es el ejercicio de la medicina.²⁵ De hallarse presentes en el caso concreto, la conducta ingresaría en el ámbito del artículo 3 del Código Penal (es responsable del evento dañoso quien estaba obligado a evitarlo).

Aunque el ámbito de actuación del galeno se encuentra muy limitado por el artículo 43 del Código de Ética del Sindicato Médico del Uruguay (en caso de enfermedades terminales en ningún caso podrá provocar la muerte directa ni indirectamente), ese escollo puede ser salvado por el principio del doble efecto, aceptado por la comunidad médica, jurídica y religiosa, implicando no un homicidio sino el permitir que la enfermedad terminal continúe su curso por mandato del disponente (*vide infra IViii*).

Pero esto se relaciona también con el consentimiento, ya que la evaluación de riesgos que hace el médico debe ser informada al paciente para que este pueda tomar las decisiones sobre su tratamiento, siempre debiendo también constar tal situación en la historia clínica.

IVii. Determinación o ayuda al suicidio.

Quiero pensar que no resulta aplicable esta figura (por no ser práctica habitual), según la cual el sujeto activo (en el caso sería el médico) hace nacer en el otro (el paciente) la idea del suicidio.

En relación al artículo 315 el Código Penal uruguayo, como lo hace MONTANO²⁶, cabe preguntarse si son disposiciones nulas (en un Testamento Vital) las que permitan matar u obliguen a ello, y la respuesta evidentemente es afirmativa.

Según el Dr. LANGÓN²⁷, el artículo 315 C.P. expresa la idea del legislador que hay bienes jurídicos que son personales pero sin embargo son indisponibles, y ello se hace evidente cuando se observa que el sujeto pasivo resulta ser la sociedad más que el propio titular del derecho a la vida.

Pero nos inclinamos a la visión que mostraba CORGATELLI, en cuanto a que en situaciones de enfermedad mortal en situación terminal, no reversible por tratamiento, donde el uso de las medidas terapéuticas no haría más que retardar la muerte, los pacientes tienen derecho a rechazar la asistencia extraordinaria, no por entender que hay derecho a disponer de la vida, sino –como lo señala BERRO ROVIRA– como afirmación de la dignidad de la persona que elige la calidad de vida.²⁸

También siguiendo a LANGÓN²⁹, se concluye que en el artículo 315 se plasma un delito de acción, que no admite la omisión, pero quienes ostentan la posición de garante, responderán igualmente aunque no por la figura del artículo 315, sino por un homicidio cometido por omisión (omisión impropia), siempre y cuando exista intención de matar, que –como vimos *supra*– es dudosa en este caso.

Pero de todas formas, la omisión del médico puede llegar a constituir una ayuda al suicidio, cuando el médico no evita esa muerte auto-procurada habiendo conocido previamente que tales eran las intenciones del paciente –allí responderá por el artículo 315–.

²⁴ El cual considero debe resolverse conforme al dolo eventual, es decir: la particular formulación doctrinaria según la cual “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción” (ver MUÑOZ CONDE Ob. cit. Pág. 58).

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., pag. 36. Ver también PEDROJ. MONTANO, “Eutanasia y Omisión de asistencia” –ob. cit.–, página 116, donde el autor maneja además de la proximidad el concepto de dependencia como noción que permite configurar la posición de garante.

²⁶ MONTANO, PEDROJ y otros. “Derecho Médico Uruguayo”. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2005. Página 273.

²⁷ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Código Penal y Leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay”, comentado, sistematizado y anotado. Tomo II volumen II. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2005. Página 223.

²⁸ BERRO ROVIRA, Guido. “Lecciones de Medicina Legal”. Carlos Alvarez Editor. Montevideo, 2005. Página 144.

²⁹ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. Ob. Cit., página 224.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., página 122.

IViii. Consentimiento (estudio particular del consentimiento informado).

Según enseña MUÑOZ CONDE³⁰, para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación³¹ es necesario que se den determinados requisitos: 1) Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer validamente de determinados bienes jurídicos propios, 2) Capacidad para disponer, 3) Inexistencia de vicio de la voluntad, y 4) El consentimiento debe ser dado antes de la comisión de la acción y debe ser conocido por quien actúa a su amparo.³²

MONTANO nos expresa que “el consentimiento dado para una intervención quirúrgica sólo será eficaz en la medida en que tienda a cumplir el deber de cuidar de su salud porque lo imponen la ética, primero, y el art. 44 de la Co., después”, y justamente lo que se cuida con la decisión en situación terminal es la calidad de vida en el tramo final de la misma.

Considero que ante un Testamento Vital autorizando el cese de tratamientos desproporcionados en una enfermedad terminal irreversible, el único escollo aparentemente insalvable es la facultad para disponer del bien jurídico, y citamos al efecto un extracto de la nota explicativa de IRURETA GOYENA al artículo 37 de nuestro Código Penal: “No se puede decir: el sujeto tiene derecho a disponer de su propia vida, ergo le asiste la facultad de transmitirlo. Lo que transfiere en efecto, no es la facultad de poner término a su existencia, sino la exoneración represiva, lo que a fortiori constituye una función pública. (...) Esta discusión civilmente racional se desnaturaliza al transportarla al orden represivo, porque los derechos que son disponibles a la luz del derecho civil, se vuelven indisponibles a través del derecho penal (las bastardillas son nuestras).

Efectivamente, en doctrina es conteste el mencionado concepto de IRURETA, y particularmente MONTANO³³, cita el artículo 44 del Código Penal (“la lesión consensual no se castiga, pero sigue siendo antijurídica”), y el artículo 315 del mismo cuerpo legal (“si bien la tentativa de suicidio no se castiga por razones de política criminal, sí se castiga la ayuda o determinación al mismo”) como evidencias de la indisponibilidad de la vida.

A este respecto resulta oportuno puntualizar que el Derecho Penal es público porque procede directamente de la soberanía del Estado (la amenaza de la sanción penal es actividad típica estadual) y porque este protege los bienes jurídicos en defensa del interés público.³⁴

La característica principal del derecho penal –nos decía BETTIOL– es ser un derecho público porque el valor tutelado interesa a la sociedad toda y porque a través de la pena se manifiesta en todo su potencial la soberanía del Estado.³⁵

La crítica evidente que puede recibir la postura descripta es e evidente transpersonalismo de que adolece, ya que la vida se aprecia de esa forma como indisponible porque como bien jurídico trasciende el mero interés individual de su titular, para pasar a interesar al Estado. Pero aclaramos que –siempre que no haya colisión con un interés jurídico superior– “el hombre es dueño de su propio organismo”³⁶, y por consiguiente puede disponer en su Testamento Vital la forma en que el médico tratante deberá operar ante una eventual enfermedad terminal irreversible.

Tal como menciona LOPEZ BOLADO³⁷, la mayoría de los autores niega la validez al consentimiento cuando median bienes o valores fundamentales como la vida. No obstante esta tendencia doctrinaria, existen autores como MONTANO que establecen que negarse a “tratamientos vitales considerados ordinarios o proporcionados es ilícito”, y negarse a tratamientos desproporcionados no es suicidio³⁸, por lo que el médico que cumple una disposición de un Testamento Vital que ordene el rechazo de un tratamiento desproporcionado no se encuentra en el ámbito de la ayuda o determinación al suicidio, sino en el cumplimiento de la ley (art. 28 Código Penal) porque cumple con dos máximas de su *lex artis*, cuidar la salud y brindar calidad de vida al paciente.

³¹ “Volenti non fit iniuria” (no se hace injuria al que consiente en ella), que ULPiano resumía como “nulla injuria est quae in volentem fiat” (Dig. 47, 10, 1, 5).

³² Similar consideración realiza CAIROLI en su trabajo “El consentimiento del ofendido”, publicado en Revista del INUDEP, T. IV, N° 6, página 44, agregando que el consentimiento debe ser expreso (nunca presunto).

³³ MONTANO, PEDRO J. Ob. Cit., página 153

³⁴ CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. “Curso de Derecho Penal uruguayo”. Tomo I, Parte General. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990, página 17. En el mismo sentido ver BAYARDO BENGÓA “Derecho Penal Uruguayo”. Editorial JVS, Montevideo, 1962, página 14.

³⁵ BETTIOL, Giuseppe. “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Temis, Bogotá, 1965. página 67.

³⁶ BAYARDO BENGÓA, Fernando. “Derecho Penal uruguayo”. Tomo VIII, 2ª. Edición, Montevideo. Página 172.

³⁷ LOPEZ BOLADO, José. Ob. Cit. Página 57

³⁸ PEDRO J. MONTANO. Eutanasia y omisión de asistencia –ob. cit–, página 49.

En definitiva aparecería como inválido aquel Testamento Vital que fuese dado a una persona indeterminada (ej médico tratante de una enfermedad en la etapa terminal) por lo que habrá que rodear al instituto en estudio de todas las formalidades –como puede ser la escritura pública y un debido registro– y también de determinación y certeza en cuanto a la persona encargada de cumplir los designios del disponente.³⁹

SOLER expresa que en virtud de que la vida está protegida como un interés público y no como un derecho subjetivo privado, “no puede validamente consentirse en la propia muerte”⁴⁰. Al respecto menciona que “en general el consentimiento es inválido para excusar el homicidio, pero en la hipótesis que venimos trabajando de eutanasia activa indirecta no se trata de un homicidio, puesto que faltan los requisitos típicos: intención de matar y el dar muerte, puesto que es el decurso de la enfermedad terminal que produce la muerte.

Resulta fundamental a esta altura la observación que realiza BERRO ROVIRA, respecto de que “un consentimiento firmado sin información carece de validez legal”⁴¹, pero tan importante es también que dicho documento no se convierta en una formalidad administrativa.⁴²

Asimismo, desde su visión médica, el Dr. BERRO ROVIRA establece que los facultativos deben aceptar las disposiciones de testamentos vitales, “al menos hasta que se instalen situaciones de extrema urgencia a partir de las cuales registrarán criterios médicos, pero en lo posible contemplando la voluntad del paciente”⁴³.

Por tanto, a modo de conclusión del párrafo, entiendo que el Testamento Vital será válido –y la conducta de quien lo cumpla atípica⁴⁴– cuando disponga la renuncia a tratamientos inútiles e inconducentes para la recuperación del paciente, siempre que se cumplan los requisitos de inexistencia de vicio y que el consentimiento sea previo, pero particularmente que se cumpla con la intervención de una Junta Bioética que estudie exhaustivamente la decisión del médico y sus fundamentos, brindando información a familiares o al propio paciente, a efectos de que decida y tenga la opción de revocar el testamento vital, que como consentimiento que es tiene la característica de ser esencialmente revocable.

Sin embargo, es notoriamente inconveniente que se consulte a un paciente que adolece de una enfermedad terminal (dado que ¿cómo evaluar las fluctuaciones volitivas que pueden ocurrir en situaciones extremas como la última enfermedad de una persona?), argumento este de gran peso y hace temblar los pilares del instituto que se analiza y su posible aplicación. Empero, considero que es el único modo adecuado de implementación, así como lo hace el régimen de anglosajón.

IViv. Homicidio piadoso.

Al respecto de esta causa de perdón judicial, el Homicidio Piadoso (artículo 37 del Código Penal uruguayo⁴⁵), que se entendió como una forma de eutanasia, cabe decir con LANGON que al analizarlo conjuntamente con el artículo 315 se derivan dos importantes consecuencias: 1) la vida es un bien jurídico indisponible, y 2) el suicidio no es delito.⁴⁶

Pero a la vez que se desprenden esas conclusiones, no se puede dejar de reconocer que nadie está obligado a mantener artificialmente su vida por lo que, si bien la conducta en estudio no ingresa en el artículo 37, resulta lícita como verdadero acto médico dentro de la *lex artis*, y por lo tanto amparado en el artículo 28 de nuestro Código Penal.

En suma: el artículo 37 del Código Penal uruguayo fue pensado para una situación de inmediatez que caracteriza a las súplicas de la víctima, lo que sumado a que el artículo exige que las mismas sean reiteradas, resulta en que no puede asimilarse el Testamento Vital a las súplicas reiteradas de la víctima por faltar esos caracteres esenciales de la mencionada causa de perdón judicial,⁴⁷ aunque sí pueda estar presente el móvil de piedad.

³⁹ PEDRO J. MONTANO. *Eutanasia y omisión de asistencia* –ob. cit.–, página 60.

⁴⁰ SOLER, Sebastián, ob. cit. Página 428. También ver MAGGIORE, Giuseppe “*Derecho Penal*” volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 2000. página 440.

⁴¹ BERRO ROVIRA, Guido. “*Lecciones de Medicina Legal*”. Carlos Alvarez Editor. Montevideo, 2005. Página 132.

⁴² BERRO ROVIRA, Guido. Ob. cit. Pág. 133.

⁴³ BERRO ROVIRA, Guido. Ob. cit. Página 134.

⁴⁴ Es decir: que no es una “conducta injusta que niega el derecho” (ver LANGÓN “*Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*”, Ediciones del Foro, Montevideo, Uruguay, 2001, página 217).

⁴⁵ Artículo 37 del Código Penal uruguayo: “*Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.*”

⁴⁶ LANGÓN CUÑARRO, Miguel “*Responsabilidad penal del médico en el Cono sur, especialmente en el Derecho Positivo uruguayo*”, publicado en el libro “*criminología y Derecho Penal*”, obra conjunta con el Dr. German ALLER, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005. página 225.

⁴⁷ MONTANO, PEDRO J. Ob. Cit., página 273.

En cuanto a si es admisible realizar una interpretación extensiva (tanto del artículo 37 como del artículo 315 de nuestro Código Penal), la respuesta a priori es afirmativa. GRISPIGNI nos señala que en la interpretación extensiva se amplía el significado natural de las palabras expresadas por la ley (*minus dixit quam voluit*), reintegrándose la *mens* y *voluntas* de la ley.⁴⁸

En idéntico sentido SOLER explica que la dogmática penal es un estudio de un sistema de normas “no ya en su momento estático como fenómeno sino en su momento dinámico como voluntad actuante”.⁴⁹

Pero, personalmente entiendo que no se configuran los supuestos de ninguna de las dos normas cuya interpretación extensiva podría pretenderse, por lo que descartamos tal posibilidad.

Actualmente, Uruguay único país americano que conserva esta causa de perdón judicial, aún no registra casos frecuentes en este punto, por influencia quizás de la tendencia a no denunciar este tipo de hechos. De todas formas, la normativa existe y también en el ámbito administrativo donde el Decreto 258/002⁵⁰, manda aplicar en todo caso los principios de razonabilidad, el deber médico de defender la vida, la prohibición del médico de emplear procedimientos tendientes a provocar la muerte, y el deber de informar para lograr un consentimiento informado (tópicos cuyo alcance hemos analizado *supra*).

IVv. Misión del Derecho Penal (¿deben tipificarse conductas en relación al Testamento Vital?).

El Derecho Penal es la última *ratio*, es decir que es el último proveimiento jurídico que debe aplicarse para proteger la comunidad de las conductas delictivas. Esto presupone que existen distintos mecanismos a nivel de las otras ramas del Derecho que pueden contener los embates contra los bienes jurídicos de una sociedad.

Resulta evidente que el Derecho Penal es un derecho de mínima intervención, que actúa cuando han resultado infructuosas las aplicaciones de otros remedios jurídicos para contener los ataques a bienes jurídicos protegidos.

Ese es un principio del Derecho Penal que es el equilibrio necesario al momento de enfrentarnos con choques de bienes jurídicos, y digo bienes jurídicos porque no todos los derechos fundamentales son protegidos por la ley penal, ya que la mínima intervención pauta que son bienes jurídicos todos aquellos que pueden satisfacer el interés de una comunidad, no de un sector de la comunidad sino del de toda ella,⁵¹ y por consiguiente un bien jurídico se eleva a la categoría de delito cuando afecta los valores fundamentales de la sociedad.

Entre estos bienes jurídicos encontramos la vida que es a la vez derecho principal y fundamental consagrado de tal forma en diferentes normas internacionales (entre ellas la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 –art. 3–, la Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica de 1969 en su art. 4–, la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 –art. 1–).

Pero particularmente en el tema que nos ocupa, la cuestión del derecho a la vida como evidencia de la dignidad humana tiene particular relevancia, ya que todos los seres humanos somos iguales y jamás debemos ser considerados como un medio u objeto⁵², pero ¿acaso no es eso lo que acontece cuando los enfermos asisten a las instituciones asistenciales sin saber cómo se les tratará cuando estén cerca del fin?, porque sabido es que a diario las instituciones asistenciales tienen grandes dilemas y terminan decidiendo por pragmatismo en vez de hacerlo por humanismo, por ejemplo en el caso de que deben atender a una persona que no es afiliado pero que necesita la atención de inmediato, pero la institución no quiere asumir ese paciente si hay pocas posibilidades de salvación.

Por ello es que considero de gran utilidad práctica el Testamento Vital para que el disponente se autotorgue –y otorgue al médico tratante- certeza jurídica de su situación (con las debidas garantías y recaudos que sugeriremos *infra* VI). Esto porque como vimos (*supra* IVi) no debe recargarse la posición de garante del galeno, sino entender que el Derecho Penal es de *ultima ratio*.

No obstante la concepción descripta, hay quien sostiene que el Derecho Penal no puede dejar de reaccionar contra los mayores peligros de la sociedad, bajo la excusa de su carácter fragmentario, puesto que termina de esa manera por ser el “callejón sin salida de un Derecho Penal básico minimalista”⁵³

⁴⁸ GRISPIGNI, Filippo. “Derecho Penal Italiano”. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949. página 363.

⁴⁹ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. TEA Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1996, página 31.

⁵⁰ Cuyo alcance inicial a las Instituciones de Asistencia Médica Públicas, fue ampliado a todas las instituciones por Decreto 204/001.

⁵¹ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ediciones del Foro, Montevideo, 2000. página 58.

⁵² PEDRO J. MONTANO. Ob. Cit. Pag. 28

⁵³ ROXIN, Claus. “La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal”. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia, 2000. página 93.

Según lo expresa LANGÓN⁵⁴ al derecho penal si cabe atribuirle una misión, la misma no puede ser otra que la garantía del orden o seguridad jurídicas, que es lo que se pretende con la implementación del instituto en estudio.

IVvi. Proyecto de Ley de Testamento Vital.

En el Uruguay, la situación en estudio no reviste regulación alguna.

No obstante, corresponde realizar un sucinto análisis y crítica del proyecto de ley de Testamento Vital que se presentara en el Parlamento en el año 2001⁵⁵ y que volvió a ser considerado por el Parlamento en el mes de Abril del presente año 2005.⁵⁶

En tal sentido y tal como definimos supra, estamos ante una hipótesis de distanasia o furor terapéutico que se pretende evitar.

En lo que atañe al concepto del Testamento Vital, el proyecto expresa que consiste en: “instrucciones escritas de rechazar tratamientos médicos desproporcionados o que impliquen un alargamiento artificial del proceso de la muerte en una situación terminal o irreversible. (Art.1□)”.

Los requisitos para que se configure el Testamento Vital –según el proyecto– son:

- a) persona con dieciocho años cumplidos de edad y psíquicamente apta, prestando su consentimiento en forma voluntaria, conciente y libre,
- b) documento certificado notarialmente y firmado por el titular en presencia de dos testigos, los que deberán tener dieciocho años de edad. (Art.2□) -no pudiendo ser testigos: 1) Los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el titular. 2) Aquellos pasibles a una parte de la herencia del titular. 3) El médico tratante, un empleado del médico tratante o un funcionario de la institución de salud en la cual el titular sea paciente. 4) La persona designada como sustituto de acuerdo al artículo 6□ de la presente ley, y los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el mismo (art. 3□).-
- c) Para que el Testamento Vital sea de aplicación a la situación terminal o irreversible del titular deberá ser certificada por dos médicos, uno de los cuales deberá ser el médico tratante (Art.5□).
- d) El Testamento Vital no podrá tener una antigüedad mayor a tres años al momento de su aplicación (Art.10).
- e) Se prevé la existencia de una Junta Bioética que resolverá recursos y evaluará al paciente y el diagnóstico.

En definitiva, y pese a ser un tanto insuficiente por no establecer un apropiado registro⁵⁷, puede destacarse:

- 1) que se establece la necesidad de que las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud cuenten con “(...) una Junta de Bioética que funcionará como tribunal de alzada ante los recursos planteados por el médico tratante, el sustituto o un familiar directo del titular del Testamento Vital (Art.12□)”.
- 2) la revocabilidad oral o escrita en todo momento del Testamento Vital (Art. 4).

Además, resulta muy claro en un análisis de la Exposición de motivos, que la noción que permea todo el proyecto es que el médico puede disminuir el sufrimiento del enfermo terminal suprimiendo el tratamiento con el consentimiento informado del paciente o su familia (ya que se cita la Declaración de Venecia sobre Enfermedades Terminales –Asociación Mundial de Médicos– como marco de la actividad médica en ese supuesto).

Aunque reviste aspectos positivos, el proyecto no contiene formulación jurídico-penal alguna, pero considero que debería incluirse una causa de justificación específica, o resolverse –de acuerdo a un criterio de política criminal ajustado– que se entenderá que la hipótesis de eutanasia lenitiva será amparada en el artículo 28 del Código Penal, por considerársela cumplimiento de la ley.

⁵⁴ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Misión del Derecho Penal y fines de la pena en Welzel”, obra conjunta con el Dr. ALLER –ob. cit.–, página 201.

⁵⁵ Para mayor detalle, ver página web del Parlamento uruguayo: www.parlamento.gub.uy, asunto 16.665, carpeta 1120/2001.

⁵⁶ Ver página web del Parlamento uruguayo: www.parlamento.gub.uy, Repartido N° 120, Abril de 2005.

⁵⁷ Personalmente propongo inscripción en el Registro de Órganos y Tejidos (Ley 14.005), y asentar una constancia de la existencia del Testamento Vital en la propia historia clínica del paciente.

V. La Cuestión de la vinculación unilateral de la voluntad y cumplimiento forzoso del acto por terceros.

Piénsese por un instante qué sucede si una persona es designada en el Testamento Vital para decidir (en caso de que el disponente no pueda expresarse) sobre los tratamientos cuando sobrevenga al mandante una enfermedad terminal, y llegado el momento no quiere aceptar tal cargo, ¿cuál es la fuerza vinculante que tiene la manifestación de voluntad de un sujeto capaz, pero que al momento de tener eficacia la disposición no puede manifestarse?

Obviamente, el designado tiene la posibilidad de negarse, más aún considerando la incapacidad de comunicarse del disponente, y además de la obvia cuestión de que estamos ante una disposición unilateral.

Pero aún más cautivante, resulta la hipótesis de los médicos y su obligación de acatar tales disposiciones unilaterales que autorizan a cesar tratamientos extraordinarios en caso de que no haya posibilidades de recuperación, siendo que han hecho un juramento de proteger la vida.

Las declaraciones de una persona sobre el cuidado de su salud o para su propia incapacidad tienen por objeto el regular los intereses del propio interesado y, en tal sentido, corresponden a la autonomía de la voluntad, puesto que son "actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios de los mismos interesados".⁵⁸

El reconocimiento de un ordenamiento jurídico de determinados actos de autonomía privada, no se produce sino desde el momento en que se reconoce dicha autonomía. Entonces, dado dicho reconocimiento, los negocios de la vida privada revisten la calidad de negocios jurídicos, y se tornan instrumentos que el Derecho pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos, y por lo tanto, permanecen siempre como actos de autonomía privada.

De forma y modo, que para analizar todas las aristas posibles de incidencia en el plano jurídico, habrá que determinar en cada caso concreto: a) si se trata de disposiciones que se dirigen a familiares (o allegados) o al médico tratante, b) si tales disposiciones tienen algún reconocimiento legislativo, c) si hay normas de orden público que contienen reglas distintas que no permiten que una declaración tenga efectos diferentes a lo que la ley previene.

En cualquier caso, las declaraciones de voluntad no tendrán efectos jurídicos vinculantes a terceros, pero su contenido como deseo, recomendación o instrucciones a médicos, familiares o jueces, podrán tener un cumplimiento espontáneo por su carácter de deberes morales.

VI. Propuesta para el Derecho uruguayo.

Una vez analizadas las incidencias y problemáticas del Testamento Vital, considero conveniente ofrecer una propuesta de instrumentación para el Derecho uruguayo.

Mi propuesta personal, consiste en que se consagre expresamente el reconocimiento a todo ser humano como capaz de su derecho inalienable a disponer y estipular en previsión de la enfermedad terminal irreversible y su tratamiento.⁵⁹

El instrumento más adecuado -a mi entender- es la escritura pública a fin del otorgamiento de las disposiciones del Testamento Vital.

La necesidad de satisfacer los requerimientos actuales de la sociedad al respecto, nos exige a los juristas el aumentar y extremar la creatividad o bien para interpretar el derecho vigente, o bien para elaborar nuevos institutos.

Por lo cual, la *lege lata* que se presenta ante nosotros, debemos complementarla debidamente con la *lege ferenda* que indica la propia naturaleza humana y las necesidades del tiempo actual, en cuanto a la determinación cierta de la voluntad del disponente en la eventualidad de una enfermedad terminal, además del "derecho a morir dignamente", sin perjuicio de que reconocer con ese derecho implicará asumir una postura filosófica.

⁵⁸ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, Editorial de Derecho Privado, Madrid 1959, pag. 43.

⁵⁹ Fundamentalmente con el propósito de proporcionar seguridad jurídica.

Por estos argumentos y los expuestos en el proemio de este trabajo, propongo:

1. Que el Testamento Vital se consagre legalmente con el siguiente contenido posible:
 - a) disposiciones unilaterales, otorgadas ante Escribano Público, registrables en el Registro Nacional de Actos Personales, en la Sección Disposiciones unilaterales –la cual se crearía en ocasión de la creación del nuevo instituto–.
 - b) proporcionar instrucciones para los médicos tratantes, en caso de ocurrir la enfermedad terminal irreversible.
 - c) regular los derechos de la personalidad relativos al cuerpo y a la disposición de órganos y tejidos.
2. La creación de una Sección de Disposiciones unilaterales, en la órbita del Registro Nacional de Actos Personales, para registrar debidamente los Testamentos vitales (para lo cual se debería modificar la Ley de Registros 16.871 capítulo III).

Otra posibilidad que resulta coherente, es la posibilidad de que se inscriban estas disposiciones en el Registro del Banco Nacional de Órganos y Tejidos.⁶⁰

En definitiva, el documento de que hemos venido hablando –el Testamento Vital– debería a mí parecer extenderse en escritura pública y redactarse⁶¹ conteniendo:

- a) Declaración explícita de que se otorga en pleno uso de sus facultades mentales.
- b) La mención de que las disposiciones sólo resultarán aplicables a hipótesis de enfermedad terminal irreversible.
- c) La autorización al médico para que administre las drogas necesarias para mitigar el dolor.
- d) La mención de que se otorga en tres ejemplares, el primero de los cuales quedará en el Protocolo del Escribano, el segundo será inscripto en el Registro Nacional de Órganos y Tejidos, y el tercero en el Registro Nacional de Actos personales

VII. Reflexiones y Conclusiones finales.

Como juristas nos corresponde afrontar los nuevos retos de la realidad, y asignarles consecuencias jurídicas en función de inquietudes y necesidades de la sociedad –a la cual el Derecho debe su finalidad acertadora y formadora de grados de certeza en las relaciones individuales–.

Es evidente el vacío legal que domina el instituto referido en el presente trabajo. Pero el análisis de los estudios doctrinarios referentes al tema permite sostener que la laguna no se corresponde con una escasa relevancia del tema.

No obstante, se conocen instituciones como el *living will*, que apuntan más a la limitación de responsabilidad médica que a dar seguridad y estabilidad a la voluntad del otorgante.

Por añadidura, estos regímenes anglosajones, son aplicables a diversas realidades y estados de la evolución del paciente, siendo insuficientes para contemplar las necesidades del instituto que propongo, el cual tiene aplicación en la única hipótesis en que las disposiciones resultan lícitas: la enfermedad terminal irreversible.

Por todo lo expuesto, concluyo que:

- I. Es posible –en uso de la autonomía y voluntad– disponer y estipular eficazmente en previsión de la eventual enfermedad terminal para establecer hasta donde se pretende que vaya el equipo médico al subyugar dicha enfermedad, para prever tratamientos médicos a dispensarse, y otras disposiciones para una muerte digna⁶², conforme a los principios interpretativos del Código Civil y del Código Penal, no existiendo mayores dificultades en aplicar el testamento vital a tales efectos. Sin perjuicio de ello, es lógico inferir que es insuficiente la regulación (siendo indispensable la instauración del instituto en forma específica), y que el asunto fuerza los límites de la libertad de disponer.

⁶⁰ Ley 14.005 de 17 de agosto de 1971.

⁶¹ Ver Modelo de Testamento Vital que propongo, *vide VIII*.

⁶² BERRO ROVIRA, Guido. Ob. cit. Página 143.

- II. El médico tiene derecho de abstenerse de cumplir un Testamento Vital “cuando razones morales violenten o inhiban su quehacer médico” (art. 32 del Código de Ética Médica).⁶³
- III. El fundamento último del instituto estudiado es el Principio de Autodeterminación del paciente⁶⁴, que es a la vez pilar básico de los derechos del paciente⁶⁵.
- IV. No obstante lo anterior, el tópico que nos ocupa involucra a la sociedad actual y su habitual individualismo, que nada tienen que ver con la visión jurídico-penal que se pretende brindar en esta obra.
- V. A pesar de la validez del instituto, en ningún caso será admisible la eutanasia activa directa (denominada por MANTOVANI como variante criminal) cometida por el médico con conciencia y voluntad –dolo directo– de matar.
- VI. La opinión del paciente debe ser tenida en cuenta en todo momento, y por consiguiente el Testamento Vital debe ser revocable en todo momento.
- VII. Pese al debate sobre la indisponibilidad del bien jurídico vida, el paciente debe tener siempre en claro que no tiene obligación de conservar la vida en toda hipótesis, mas resulta antijurídica la renuncia a tratamientos proporcionados, tendientes a una recuperación posible.⁶⁶
- VIII. Es admisible que el médico tratante consiga como “doble efecto” el acortamiento de la vida como consecuencia de suministrar intensa medicación para mitigar el dolor.⁶⁷
- IX. Para darle efectividad a estas disposiciones deberá consagrarse su publicidad y oponibilidad, aspecto este de la publicidad que considero fundamental para que opere con las suficientes garantías para Escribanos, Abogados, y sujetos de derecho, así como también respecto del Médico tratante, a cuyo efecto será esencial establecer que de existir un Testamento Vital otorgado, el mismo deberá estar debidamente registrado en la historia clínica del paciente.
- X. La falta de preparación de los médicos para encarar casos de enfermedades terminales (tanto en el trato con el paciente cuanto con sus familiares y allegados) tiene su reflejo en la realidad jurídico-penal, donde se observa que “la responsabilidad penal de los médicos se sigue elaborando conforme a paradigmas del derecho penal tradicional”, todo lo cual es más que alarmante y amerita una compleja revisión de inmediato.⁶⁸

VIII. Modelo de Testamento Vital propuesto.

TESTAMENTO VITAL. En la ciudad de Montevideo, el día de de, ante mí, Escribano Público, comparece:, oriental, mayor de edad, soltero, titular de la cédula de identidad número, con domicilio en, nacido el de ... de Y para que lo consigue en este mi Protocolo expresa que: PRIMERO: Ante la eventualidad de enfermedad o accidente que le incapaciten transitoria o definitivamente es que viene a otorgar la presente. SEGUNDO: Considera que en virtud de la Constitución de la República Oriental del Uruguay y la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la ley⁶⁹, le está garantizado el derecho a ser consultado y escuchado en lo posible en relación a sus afecciones y la forma de tratamiento. TERCERO: El disponente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y pretende disponer en forma consciente, responsable, libre y en pleno uso del derecho de autodeterminación, para el momento en que su calidad de vida se vea menoscabada por una enfermedad terminal irreversible, consintiendo que el médico tratante no realice tratamientos extraordinarios cuando no existan científicamente posibilidades ciertas de recuperación, o cuando el tratamiento implique una desproporcionada prolongación de la vida en condiciones vegetativas. CUARTO: Instruye al médico encargado de tratar dicha enfermedad terminal (certificada en tal sentido conforme los procedimientos establecidos en la ley⁷⁰) para que tome las decisiones sobre los cuidados médicos que ha de recibir, administrándole la medicación necesaria para mitigar el sufrimiento, aunque ello implique que se acelere el curso de la enfermedad. Y yo el autorizante hago constar que: (cláusulas de estilo).

⁶³ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. “Derecho médico”, Primer Tomo, Ediciones del Foro, Montevideo, 2001. página 337.

⁶⁴ PEDRO J. MONTANO. *Eutanasia y omisión de asistencia –ob. cit.–*, página 183.

⁶⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. “Derecho médico”, Primer Tomo, Ediciones del Foro, Montevideo, 2001. página 136.

⁶⁶ PEDRO J. MONTANO. ob. cit.

⁶⁷ LANGÓN CUÑARRO, ob. cit. conjunta con ALLER, página 230.

⁶⁸ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Responsabilidad penal del médico en el Cono Sur especialmente en el Derecho Positivo Uruguayo”, publicado en el libro “Criminología y Derecho Penal”, obra conjunta con German ALLER, ediciones del Foro, Montevideo, 2005, página 225.

⁶⁹ Allí se incluiría la Ley de Testamento Vital, cuando se sancione.

IX. Referencias Bibliográficas.

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Derecho Civil. Personas*, Caracas, Venezuela. 1982.
- ALEMANIA, Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad (Ley de asistencia del 12/9/90).
- ALLER, Germán. "Eutanasia, Eugenesia y Vida", publicado en el libro "Criminología y Derecho Penal", obra conjunta con el Dr. LANGÓN, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005.
- AREZO PIRIZ, Enrique: *Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria*. Rev. AEU. Vol. 73.
- BERRO ROVIRA, Guido. "Lecciones de Medicina Legal". Carlos Alvarez Editor. Montevideo, 2005.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959.
- BETTIOL, Giuseppe. "Derecho Penal, Parte General", Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, sexta edición 1990.
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. "Curso de Derecho Penal uruguayo". Tomo I, Parte General. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.
- CAIROLI en su trabajo "El consentimiento del ofendido", publicado en Revista del INUDEP, T. IV, N° 6.
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. "La Eutanasia" (resumen de la ponencia para el Seminario Jurídico Internacional sobre Eutanasia realizado en Málaga del 2 a 6 de noviembre de 1994), publicado en La Justicia Uruguaya, Tomo 111, Montevideo, 1995.
- COLLINS, Evan R. Junior, *The complete guide to Living Wills*, Bentam Books, noviembre de 1991.
- DE GASPERI, Luis: *Tratado de Derecho Hereditario*, tomo 3, Buenos Aires, 1953.
- FRANCIA, Code Civil, Edit. Dalloz, 1994/95.
- GATTI, Hugo E. : *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montevideo 1957.
- GRISPIGNI, Filippo. "Derecho Penal Italiano". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- INGLATERRA, Law Comission Report No. 231, Mental Incapacity, Summary of Recommendations, 1o. de marzo de 1995.
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel. "Código Penal y Leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay", comentado, sistematizado y anotado. Tomo II volumen II. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2005.
- LANGÓN CUÑARRO, MIGUEL. "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal", Ediciones del Foro, Montevideo, Uruguay, 2001
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel "Responsabilidad penal del médico en el Cono su, especialmente en el Derecho Positivo uruguayo", publicado en el libro "Criminología y Derecho Penal", obra conjunta con el Dr. German ALLER, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005.
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel. "Misión del Derecho Penal y fines de la pena en Welzel", publicado en el libro "Criminología y Derecho Penal", obra conjunta con el Dr. German ALLER, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005.
- LISA ANNE HAWKINS, *Living Will Statutes*. Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre de 1992.
- LOPEZ BOLADO, José "Los médicos y el código penal". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981.
- MONTANO, PEDRO J., GOMEZ DE ALIA, JUAN JOSE PUERTO GONZALEZ, MAURICIO IGLESIAS MÉNDEZ. "Derecho Médico Uruguayo". Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2005.

-MONTANO, PEDRO J. *"Eutanasia y Omisión de Asistencia"*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Montevideo, Uruguay, mayo de 1994.

-MUÑOZ CONDE, Francisco. *"Teoría general del delito"*. Editorial Temis, Colombia, 1990.

-ORDOQUI CASTILLA, Gustavo en *"Derecho médico"*, Primer Tomo, Ediciones del Foro, Montevideo, 2001.

-ROXIN, Claus. *"La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal"*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia, 2000.

-SILVA RUIZ, Pedro, *El derecho a morir con dignidad y el Testamento Vital*, Revista General de Derecho, Madrid, enero-febrero 1994.

-SOLER, Sebastián, ob. cit. Página 428. También ver MAGGIORE, Giuseppe *"Derecho Penal"* volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

-TAIANA DE BRANDI, Nelly Alicia y otro, *Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

-VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones*, tomo 2. Montevideo.

-VII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA, Veracruz (México) 1998: Ponencias presentadas por el Notariado Español y por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.

-WELZEL, Hans. *"Derecho penal alemán"*, Parte general, traducción de Bustos Ramirez y Sergio Yañez Ramírez, Santiago de Chile, 1976.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA¹

Felipe Rotondo Tornaría, con la colaboración de Ruben Flores Dapkevicius

SUMARIO:

- I) INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN.
 - A. NOCION GENERAL;
 - B. ELEMENTOS;
 - C. DEFINICION;
 - D. MATERIAS DE LA ORGANIZACIÓN;
 - E. ELEMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN;
 - F. ADMINISTRACIÓN PUBLICA;

- II) ESTADO Y ADMINISTRACIÓN: ORGANIZACIÓN Y DERECHO.
 - A. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN;
 - B. ESTADO Y ORGANIZACIÓN;
 - C. LA INSTITUCION ADMINISTRACION PUBLICA

- III) PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS: TIPOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS DE DERECHO PÚBLICO.
 - A. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS;
 - B. CONTINUACIÓN. LAS PERSONAS JURIDICAS EN NUESTRO PAIS;
 - C. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL DERECHO;

- IV. LA REFORMA O TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO
 - A. CONCEPTO;
 - B. COMPETENCIAS;
 - C. DESESTATIZACIÓN;
 - D. PROHIBICIONES, SUPRESIONES, FUSIONES Y EN SU CASO SEPARACIONES
 - E. PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTROL;
 - F. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN;
 - G. DESARROLLO DE LA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES;
 - H. DESARROLLO DE LA DESCONCENTRACIÓN;
 - I. DESCENTRALIZACIÓN
 - J. ACENTUACIÓN DEL PODER EJECUTIVO COMO CONDUCTOR POLÍTICO
 - I) INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN.

¹ El presente trabajo es un resumen, adaptado, del material y clases dictadas en el curso "Organización Administrativa", dictado en el Master de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo

A. NOCION GENERAL

Las distintas actividades sociales de relevancia se cumplen a través de organizaciones muy variadas (culturales, de la salud, de la educación, económicas, religiosas, etc. y también las del Estado), con distinta naturaleza jurídica, diversidad de intereses predominantes y formas de funcionar.

Esto hoy está claramente desarrollado (se habla de la "era de la organización"), pero siempre hubo organizaciones, división de tareas y actuación de "directores o gerentes"².

La organización tiene una dimensión general de validez para todo tipo de empresa, en una visión especialmente interna, referente a aquella división.

B. ELEMENTOS

A.Posada³ refería a los elementos de la organización (territorio y población) y luego efectuaba la distinción entre la organización objetiva (las entidades u órganos) de la subjetiva (agentes o funcionarios).

H.Heller por su parte entendía la organización como : "1)el obrar social de un conjunto de hombres basado en una conducta recíproca, la cooperación de los cuales 2) se orienta regularmente en el sentido de una ordenación normativa cuyo establecimiento y aseguramiento 3)corre a cargo de órganos especiales".⁴

Cabe hacer referencia a los recursos humanos, los materiales(financieros, tecnológicos, de infraestructura) los objetivos-fines y un ordenamiento.

De la calidad e interrelación entre ellos depende la eficacia y eficiencia de la acción y también su configuración ("sistema").

C. DEFINICION

Organizar es esencialmente "ordenar" o sea poner cosas en orden, concierto y buena disposición. "Orden" es ese concierto de las cosas entre sí, "sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas, cuya aplicación hace surgir, entre dicho objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante" (E. García Maynez). Orden es la "recta disposición de las cosas a su fin" (S.Tomás de Aquino).⁵

"Los fines determinan las estructuras" y "éstas orientan el funcionamiento; los fines deben ser, pues, los primeros en el orden de la explicación"⁶.

El sentido de las palabras es el indicado, según el Diccionario de la Real Academia Española. En efecto, "organización" es la acción y efecto de organizar u organizarse y en un sentido figurado, disposición, arreglo, orden. Implica objetos a ordenar, un criterio ordenador, una finalidad de quién ordena.

Organizar es establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencias de las partes que componen la organización; "es un obrar encaminado a promover y realizar aquellas acciones (u omisiones) necesarias para la existencia actual y constantemente renovada de una estructura efectiva ordenada (organización)", al decir de Heller.⁷

Por su parte "orgánico" es lo que tiene armonía y consonancia; también se dice "de lo que atañe a la constitución de corporaciones o entidades colectivas o a sus funciones o ejercicios"; "organismo", el "conjunto de oficinas, dependencias o empleos que forman un cuerpo o institución". Hemos seguido el diccionario citado en el párrafo que precede.

Insistimos sobre esta noción. Organización es "la acción concreta de dar forma a la cooperación de individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra -, sub-, y coordinación de ellos". "Toda

² Ante ciertos acontecimientos o eventualidades, procede una conducta de anticipación y -entonces- se desarrollan previsión y organización, por ejemplo, para la irrigación del Río Nilo en el antiguo Egipto.

³ Cit. por A.Méndez. Principios de Organización Administrativa. Rev.Fac.Der. Año II No.3 1951, p.585.

⁴ Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica, México 1977, p.249.

⁵ H.Frugone Schiavone.Consideraciones generales sobre la Ciencia de la Organización y algunas de las teorías actuales. Estudios de D.Administrativo. Univ.de la República. T.II, 1979, p.179.

⁶ Georges Langrod. Tratado de Ciencia Administrativa. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1977, p.295.

⁷ H.Heller. Teoría del Estado.op.cit., p.249.

organización humana perdura en cuanto constantemente renace”, subrayándose la “efectividad del orden” (H.Heller).

Se trata de “un conjunto formado por partes diferentes que cooperan”⁸.

D. MATERIAS DE LA ORGANIZACION

El ordenamiento supone reglas de derecho y otras pautas –esencialmente técnicas –que establecen criterios de orden y uno o muchos “elementos motores” que lo dirigen, en forma armónica.

Por lo mismo, los estudios de la organización provienen, precisamente, de dos grandes campos, el del Derecho – esencialmente el Público,⁹ – y de la Ciencia de la Administración, con desarrollo en el ámbito de la vida industrial y en la Economía.

Del primer campo surge el concepto de los sistemas de organización, la noción de las relaciones orgánicas, todo lo que se vincula con la estructura del órgano y la regulación jurídica de la actividad.

En la segunda vertiente la atención recae en la organización del trabajo, la dirección de empresas, el ordenamiento material de los medios y el instrumental mecánico para lograr un manejo más perfecto de la respectiva administración.

Suele dársele un carácter interdisciplinario ya que incluye aspectos políticos, empresariales, sociológicos, etc.¹⁰

E. ELEMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN

1. Los aspectos organizacionales dicen relación con el diseño estructural, con la determinación de quién o quiénes toman las decisiones principales (jerarcas); cómo se agrupan las actividades y a cargo de quiénes están, la ubicación de unidades de control y las de planificación. Se trata de la consideración de la “Administración técnica”.

Gulick mencionó los siguientes “elementos funcionales” de la administración¹¹:

Planificación: aclaración en términos generales de las cosas que deben hacerse y los métodos de hacerlas, para lograr los propósitos fijados a la empresa;

Organización; establecimiento de la estructura formal de autoridad mediante la cual se ordenan, definen y coordinan las subdivisiones para un objetivo determinado;

Administración de personal (staffing): función de conseguir, y adiestrar las personas y mantener condiciones favorables de trabajo;

Dirección: tarea continua de adoptar decisiones y formularlas en órdenes e instrucciones, generales y específicas, sirviendo como líder de la empresa.

Coordinación: deber de interrelacionar las diversas ramas del trabajo;

Informar (reporting): mantener informados sobre lo que está pasando a aquéllos ante quienes el ejecutivo es responsable, lo que presupone mantener dicha condición para sí mismo y sus subalternos, mediante estudios e inspecciones, etc;

Presupuestar (budgeting): todo lo relacionado con los presupuestos en forma de planificación fiscal, contabilidad y control.

Esa lista dio origen al término Posdcorb, formado por las iniciales de las palabras destacadas, en inglés.

Muñoz Amato observa, respecto de lo que se viene diciendo, que “se excluyen los fundamentos culturales y políticos y también la influencia determinante de los propósitos sustantivos; por otro lado, que no se

⁸ A.Lalande, Vocabulario técnico y crítico de la Filosofía París 1962, cit. por G. Langrod op.cit.p.344.

⁹ El Derecho Administrativo tiene como esencia la adecuación de la administración al derecho y la protección del particular frente al ejercicio del poder. “Sólo donde el equilibrio entre las necesidades estatales y la libertad individual se realiza por medio de decisiones y distinciones específicamente jurídicas, las funciones estatales se elevan del nivel de los actos de mera ejecución y participan en la dignidad del Derecho. Así se caracteriza la sustancia del derecho administrativo. De hecho no es misión de éste exponer teorías sobre el mejor modo de administrar”. E.Forsthoft. De todos modos, la administración (pública) supone una organización servicial y lo será si está “bien” organizada.

¹⁰ Para Dimock “el emplazamiento de los estudios sobre Administración Pública debe situarse dentro de la ciencia política, ya que es una de las ciencias sociales que se encuentra en conexión estrecha con todas las otras (...) deben tomar en préstamo conocimientos propios de otras especialidades como finanzas públicas, técnicas presupuestarias, administración de personal, ingeniería, derecho (...)”.

¹¹ Science, Values and Public Administration, en Papers on the Science of Administration, N.York 1937, cit. por Pedro Muñoz Amato, Introducción a la Administración Pública F.C.E. México 1954, p.18-19.

destacan suficientemente las relaciones humanas en la administración¹², que no se tiene en cuenta —adecuadamente— el factor humano en sí.

2. Técnicamente cuando se organiza un servicio, corresponde establecer la estructura más afín a la naturaleza de la función y regular, de acuerdo con ello, las relaciones de los componentes del conjunto, la posición relativa de los elementos en éste: la actividad es el fin, la organización, el medio.

“El fin varía para cada industria o servicio, pero la organización, aún adaptándose a la diferencia de la actividad, responde a principios permanentes, invariables”, según explica A.Méndez¹³.

Se configura la “racionalización administrativa” de los servicios, la que fue precedida de la “racionalización del poder”: adecuación del funcionalismo estatal y adopción de garantías de la regularidad de la acción del Estado y de protección de los derechos fundamentales de las personas.

F. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La organización se inserta en un medio o entorno. En el caso de las que conforman la Administración Pública, ese entorno será, en primer lugar el Estado (aquí entendido como conjunto de entidades estatales) y en un ámbito más amplio, la sociedad a la que aquél debe servir (que incluye – a su vez— diversos grupos sociales y la esencia de todo, que es la persona humana).

La organización estatal existe para cumplir cometidos que sirven a la sociedad en la que está inserta, tiene un carácter servicial. Es una realidad, pero instrumental y, por tanto, es un sistema “abierto” a las necesidades que busca satisfacer.

Por esa misma razón le rigen principios de materialidad y flexibilidad en vez del formalismo y rigidez; el finalismo en vez del ritualismo; la adopción de procedimientos y formas de actuación que eviten un “centralismo” exagerado, lo que se proyecta en aspectos de funcionamiento, más allá de los organizacionales¹⁴.

Inciden el marco territorial en que se ubica la organización, si la población es rural o urbana, el nivel de desarrollo de la sociedad, etc.

El carácter “abierto” lleva a que las transformaciones en el sistema sean permanentes, lo que debe ser asumido como tal.

La Teoría de la Organización considera la potestad de organización y su desarrollo, a través de la actividad organizadora y las normas de organización.

En el caso de la Administración Pública, esa potestad es una expresión del poder estatal, expresada formalmente a través de actos jurídicos de diversa naturaleza (en especial constitucionales y legislativos, si bien materialmente serán, en todo caso, constituyentes).

En cuanto a las normas de organización son “instrumentales”, categoría en la que figuran –también– las de procedimiento. Se distinguen de las normas “de relación” o intersubjetivas, por su objeto¹⁵.

2. Organización administrativa, es la relativa a la administración, acción de administrar. Esta según el Diccionario citado es 1. Gobernar, regir, aplicar; 2. Servir o ejercer algún ministerio o empleo”.

Administración Pública es, la “acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado”.

Para que sea organización, debe caracterizarse por ser:

- a. unidad determinante de coherencia, lo que no significa necesariamente centralización;
- b. básica uniformidad, al no tener variantes muy significativas;
- c. singularidad, en tanto las organizaciones administrativas deben tener vida propia, diferenciada, originándose así los criterios de descentralización;
- d. responsabilidad, por cumplimiento de su misión;
- e. precedencia o, al menos, simultaneidad con las necesidades a satisfacer¹⁶.

¹² Op.cit. pág. 19

¹³ Principios cit., p.594.

¹⁴ W. Taylor, en Principios de la Administración Científica resumió las nuevas formas de organización industrial: se adoptan los elementos que facilita la Ciencia; se enfatiza en la armonía de los componentes de la empresa, la cooperación de las individualidades, el rendimiento máximo y la formación del personal. Fayol, por su parte, distingue en la empresa operaciones de dos tipos, técnicas (producción, fabricación, transformación) y administrativas (previsión, organización, dirección y coordinación). V.Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo Vol.I Parte General Madrid 1980, p.222 y A. Méndez, Principios cit., p.591-592.

¹⁵ “En todo ordenamiento, junto a una norma de conducta, existe otro tipo de normas, que se suelen llamar de estructura o competencia. Son aquellas normas que no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas”. Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Bogotá1987, p.147 y s. cit. por Daniel H.Martins. Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo, cit., p.35-36.

¹⁶ Héctor Jorge Escola. Compendio de Derecho Administrativo. Vol I Bs.As.1984, p.244.

3. La organización administrativa (estatal) debe adecuarse a la Constitución y a la Ley, así como a los principios que constituyen reglas de derecho¹⁷ pero - a la vez- seguir un modo de gestión en el que pasan a ocupar un lugar preponderante las “tres E” (economía, eficiencia y eficacia), con recepción incluso a nivel constitucional, a través de una “buena administración”¹⁸.

En los años 1990, “irrumpe en el campo de la organización y gestión, un conjunto de teorías caracterizadas por su mayor humanismo y participación en la gestión tanto de empleados como consumidores”, lo que se conoce como la “cultura de la corporación” o la “gestión de la calidad total”, centradas en la atención del “cliente” y la mejora de la calificación hombre en todas sus dimensiones, no sólo en la dimensión económica”; se exige primerísimamente una ética administrativa¹⁹.

En nuestro país se destaca la ley 17.060 de 23-XII-1998, con una definición del interés público en su art. 20, y las Normas de Conducta en la Función Pública del decreto 30/003.

II) Estado y Administración: organización y derecho.

A. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACION

“Los problemas jurídicos surgen principalmente en vertiente externa del complejo organizado”, cuando se quiere dar unidad al conjunto y localizar, además, centros de decisión susceptibles de obligar a la totalidad de la organización²⁰.

El derecho de organización es el de la creación de los órganos, el de su estructuración y competencias, el de la coordinación y el control intra e interadministrativos; comprende la determinación de los procedimientos de selección de las personas físicas que actúan por la organización.

Méndez define la Organización administrativa como el “Ordenamiento orgánico y funcional en consideración a actividades y medios determinados”; entiende que no corresponde hablar de “Derecho de Organización” sino de “Principios de Organización”, en los que el Derecho tiene un puesto importante.

Anota los procedimientos en la materia:

a) período preparatorio, que comprende la valoración de los factores determinantes de la iniciativa, la elección del sistema orgánico y estructura adecuados y la determinación de los medios humanos, jurídicos, técnicos, económicos y materiales.

b) período de creación propiamente dicho, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

c) período de instalación que “es la instancia final en que se pone la organización en condiciones de funcionamiento”²¹.

B. ESTADO Y ORGANIZACION

1. Administración es sustantivamente una actividad y en sentido subjetivo una organización que desarrolla tal actividad, dentro del Estado. Es el Estado “actuando en función administrativa”²².

“El Estado no es meramente una realidad física caracterizada por la convivencia de hombres sobre un determinado territorio; es, fundamentalmente, una organización o empresa que persigue fines de interés común, sólo válidos en cuanto tengan por mira el pleno desarrollo del ser humano”²³; es, por cierto, una organización formal que ejerce poder.

“El género próximo del Estado es la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de la decisión y la acción”, distinguiéndose por su calidad de “dominación territorial soberana”, que le permite “dotar a su ordenación normativa de una validez particular”²⁴.

¹⁷ Art.23 “a” del decreto-ley 15.524 de 9-I-1984.

¹⁸ Arts. 60 y 311 del máximo código.

¹⁹ V. Jaime Rodríguez-Arana. Ética y valores del servicio público en el proyecto de Estatuto de la Función Pública de España. Rev. De Derecho Administrativo. No.30/31 Año 11 Buenos Aires 1999, p.133.

²⁰ Ramón Martín Mateo. Manual de Derecho Administrativo. I.E.A.L. Madrid 1985, p.143-144.

²¹ La teoría del órgano.A.M.F. Mdeo.1971, p.233.

²² Renato Alessi. Instituciones de Derecho Administrativo t.1, Barcelona 1970 (traducción de la 3ª.edic.italiana), dice que Administración Pública “es el conjunto de centros de la función administrativa, es decir de órganos estatales a los que está atribuida en forma normal y característica el desarrollo de dicha función; en una palabra, el aparato administrativo”, p.38.

²³ H.Giorgi. La nueva administración pública Mdeo. 1965, p.11

²⁴ H.Heller, op.cit. p.255.

Ello sin perjuicio de la reconfiguración del Estado, en tanto “se reproducen las organizaciones sociales a su lado, dentro del Estado, supra o transnacionalmente”, lo que implica o puede implicar una atomización del poder político²⁵.

De todos modos, el Estado puede ser considerado aún la “forma política de lo social”²⁶, y sigue dotado de un poder fundado y dirigido al interés general, el cual en una dimensión ética puede asimilarse al bien común.

Tiene un régimen jurídico que se basa en disposiciones fundamentales y cuenta con una estructura y un cuerpo de funcionarios que garantiza un orden cuyo criterio fundante es dicho interés.

Debe reconocer –a su vez– que ese interés se satisface, en múltiples formas, por las actividades a cargo del sector privado.

2. El Estado “es la personificación jurídica de la política” dirigida por órganos o autoridades permanentes que integran un aparato; “la realidad estatal está formada por una cierta unidad, llamada unidad de orden, que la configura como ‘realidad organizacional y permanente’ (Jiménez de Parga) o ‘ente social con una ordenación estable y permanente’ (Biscaretti di Ruffia)”²⁷

“Es la organización del poder político dentro de una comunidad nacional, mediante instituciones objetivas que declaran el derecho y lo sostienen, conservando el orden mediante una dirección política y un cuadro administrativo diferenciado”²⁸.

En el Estado de Derecho, cuya actividad se regula y somete al Derecho y se reconocen los derechos fundamentales de las personas, por se, el poder estatal es institucionalizado y constituye un “deber”, “porque sus administradores están obligados a ejercerlo, y a ejercerlo legítima y adecuadamente”²⁹.

C. LA INSTITUCION ADMINISTRACION PUBLICA

1. La Administración Pública (la organización administrativa del Estado) se configura en el ámbito del “Estado persona”, en nuestro país en el de las diversas personas estatales.

“La teoría de la institución –concebida como un organismo que posee fines e instrumentos propios, para ejercitarlos de modo que superen en poder y duración a las personas físicas que la integran– proporciona la explicación más adecuada acerca del origen, funcionamiento y extinción de las personas morales (...)” Así ellas “no resultan una creación del legislador sino una realidad social que el derecho positivo no puede avasallar y que el Estado está obligado a respetar”

“El Estado concebido como persona jurídica es la institución por excelencia, perfecta y soberana, (...)”³⁰.

2. La Administración Pública configura un complejo de rodajes coordinados: el conjunto, la institución global, es el Estado (administrador) y cada rodaje es una institución particular con distintas denominaciones, según su naturaleza³¹

Dado lo expuesto, resulta necesaria una precisión; no procede identificar institución con persona jurídica. Garrido Falla³² indica las notas definitorias de una institución:

- a) realiza en su actuación una apropiación de los fines que persigue (...), la Administración es medial en cuanto al conseguimiento de los fines” públicos pero en tanto “asume como propios los fines que persigue, entonces estamos institucionalizando la Administración”;
- b) actúa con una fuerza propia para alcanzar sus fines”. Agrega que la Administración tiene esa fuerza, “si se quiere rutinaria, que la hace funcionar sola y que le da un movimiento de inercia con el que se consigue nada menos que lo siguiente: superar las crisis políticas de Gobierno”;
- c) la institución se rige por reglas propias de comportamiento, que es cosa distinta a decir que la institución (o concretamente la Administración Pública en cuanto institución) está sometida a Derecho.

Por el hecho de ser institución tiene sus propias reglas de conducta; es predecible lo que va a pasar.

Conociendo bien una institución son previsibles sus reacciones a la vista de un hecho concreto. Lo que

²⁵ Conf. Carmen L. Antunes Rocha. Constituição, soberania e Mercosul en A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional Año 1 No.2 Curitiba, Brasil 1999.

²⁶ Giorgio Del Vecchio. Filosofía del Derecho. Ed. Bosch. Barcelona 1974, p.423.

²⁷ José Roberto Dromi. Instituciones de Derecho Administrativo. Bs.As. 1973, p.10-12.

²⁸ Carlos S. Fayt. Derecho Político. Tomo I Gherzi Editor Bs.As. 1982, p. 166.

²⁹ Héctor Frugone Schiavone. Algunas premisas fundamentales para el estudio del Derecho Administrativo. R.U.E.A. T.1-Mdeo.1981, p. 63.

³⁰ Juan C. Cassagne. Derecho Administrativo t.I 5ª.edic. Bs.As. 1996, p.215.

³¹ Se sigue el planteo de Hauriou, que expone Manuel María de la Bandera. La teoría de la institución. R.U.E.A. T.1 1981, p.56

³² Fernando Garrido Falla. La posición constitucional de la Administración Pública en La Administración y la Constitución. Estudios Constitucionales Madrid 1980, p.10 y sigs.

puede ocurrir en el Ejército, por ejemplo, cuando un militar profesional tiene un comportamiento, o la reacción de la Universidad ante la conducta de un profesor (...)."

En general, también se identifica "ente" con persona jurídica, y –sin embargo– por ejemplo en algunas de las teorías institucionalistas, "ente" significa un "ser" (cosa que es) que tiene su propia estructura y organización y, por tanto, un orden (...) y que reduce a la unidad a los individuos así como a los otros elementos que lo componen, adquiriendo frente a ellos una vida propia y formando un cuerpo en sí mismo".³³

3. "(...)La organización, más acentuadamente de lo que sucede quizá en el campo del derecho privado, es para la Administración, un prius lógico, un antecedente, es decir, si no existe una organización jurídica legítima, no puede haber una actuación administrativa válida"³⁴.

La regulación de la organización de la Administración Pública, a través de las distintas personas estatales en que se verifica, es un aspecto relevante del Derecho Administrativo.

III) PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS: TIPOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS DE DERECHO PÚBLICO.

A. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Las personas jurídicas pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Públicas o privadas. El criterio de distinción surge de acuerdo a si se encuentran regidas por el derecho público o privado.

Los criterios de distinción son, esencialmente, los siguientes:

- a. forma de creación;
- b. cometidos a su cargo;
- c. fin propio de la organización;
- d. origen y disposición del patrimonio;
- e. presencia de prerrogativas y sujeciones especiales;
- f. modos de actuación (actos y procedimientos),
- g. régimen del personal;
- h. formas de control;
- i. responsabilidad;
- j. jurisdicción competente a su respecto.

En todo caso si "no es nueva la existencia de ideas en permanente pugna acerca de la exacta separación de lo público y lo privado", ni tampoco el que "entre ambas categorías, haya un número considerable de confusiones", "en la época actual, el conflicto público-privado presenta gran intensidad y nuevos aspectos, y el desarrollo de una zona <gris> grande y compleja, están dando lugar a una situación nueva en la sociedad y la administración"³⁵

2. Estatales o no. El criterio clasificatorio se resume a la pertenencia, o no, a la organización político-jurídica de la comunidad.

³³ Santi Romano, cit. por H. Frugone Schiavone. Introducción al estudio de la organización administrativa, R.U.E.A., t.1977, p.43 y sigs. La cita figura en pág.66 y también en Frugone, La actividad financiera del Estado. Temas de D. Administrativo 2, F.C.U. No.3, 1982, p.38. Agrega que, desde este punto de vista, "un órgano también es un ente, en cuanto tiene una estructura y organización propia y constituye un 'ordenamiento jurídico' (aunque parcial o sectorial o institucional)".

³⁴ R. Martín Mateo, op. cit., p.147.

³⁵ Dwight Waldo. La Administración Pública del cambio social. ENAP España 1974, p.18. El autor agrega que "se va hacia la administración y al mismo tiempo se huye de ella. Se tiende a publicar lo privado y a la vez a privatizar <reprivatización> dirían algunos, lo público. El resultado, cuando se combina con cambios tecnológicos y sociales de consideración, es la expansión de un área en la que lo público y lo privado, tal y como se han concebido convencionalmente, se entrecruzan en formas nuevas y muy frecuentemente extraordinariamente complejas", p.19-20.

B. Continuación. Las personas jurídicas en nuestro país.

La interrelación de los tipos incluidos en los apartados precedentes, permite las siguientes categorías:

1. Públicas estatales.

Ellas integran la organización del Estado.

Dromi explica que “en toda organización administrativa subyace una determinada organización política”. La centralización o descentralización políticas refieren a la estructura del Estado, a su “constitución orgánica”, “pero no determinan necesariamente la centralización o descentralización administrativa (...)”.³⁶

En el Uruguay –Estado unitario- tenemos:

- a) el Estado en sentido estricto (persona “pública mayor Estado”), al que pertenece lo que en algunos países se llama “Administración directa”;
- b) los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que pueden configurar sociedades de economía mixta de acuerdo con el art.188 incs.1y 2 de la Carta.
- c) los Gobiernos Departamentales.

Las entidades incluidas en a) y b) son personas estatales menores, descentralizadas respectivamente por servicios y por territorio; conforman lo que en algunos sistemas se denomina “Administración indirecta”.

Los caracteres de las personas estatales (mayor y las menores) son:

- Creación por Constitución o ley;
- Deben guiarse por el interés general, cualquiera fuere el cometido que les asignen las normas³⁷;
- Sus bienes integran el dominio público o el fiscal;
- Su presupuesto se elabora según normas constitucionales;
- Su contratación se rige por el TOCAF;
- Sus actos administrativos son controlados y pueden ser anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo;
- Su responsabilidad se rige por el art.24 de la Carta;
- Sus agentes son funcionarios públicos;
- Están sometidas al control financiero externo del Tribunal de Cuentas y al control interno que corresponde;
- Poseen prerrogativas (expropiatorias, presunción de legitimidad de sus actos, etc.) y –a la vez- sujeciones especiales (deben motivar sus actos, la publicidad es la regla en sus actuaciones³⁸, etc.).

Entre estas distintas entidades, existen “lazos de articulación” jurídicamente estipulados (por ejemplo arts.197, 313, etc.de la Constitución), pero muchas veces de “vigencia real baja”, ya que “la realidad supera el modelo formal”³⁹.

2. Públicas no estatales: figura aumentada en número y desdibujada en su perfil original, de manera que actualmente su naturaleza deriva de la voluntad del legislador⁴⁰.

Los caracteres de aquel perfil son básicamente los siguientes:

- Creación por ley;
- Cumplimiento en general de cometidos de interés público;
- Ejercen prerrogativas (exenciones, facultades inspectivas y sancionatorias);
- Poseen patrimonio propio⁴¹, con fondos de origen público (pueden tener asignación legal de recursos) o privado;

³⁶ Roberto Dromi. Derecho Administrativo. 4ª.edic. Bs.As.1995, p.457.

³⁷ La ley17.060 de 23-XII-1998, art.20 establece que “el interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad en las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos”.

³⁸ Art.7 de la ley citada en nota anterior: “Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiese lugar por derecho”.

³⁹ Bernardo Kliksberg. ¿Cómo reformar el Estado?. O.N.S.C.Mdeo. 1987, p.15. Propicia una organización con los rasgos de flexibilidad, incluso dejando “ámbitos amplios de superposición para dar posibilidad al buen funcionamiento de proyectos interinstitucionales y a la capacidad de reestructuración rápida frente a los cambios en la realidad” y estímulo a la innovatividad a través de equipos con integrantes provenientes de diversas áreas

⁴⁰ V. Juan P.Cajarville Peluffo. Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo. Personas públicas no estatales. Cuadernos de Derecho Público No.5. Ed.Universidad.1996.

⁴¹ No perteneciente al Estado; “la ley que quisiera extraer de una persona pública no estatal una parte de su patrimonio, tendría que hacerlo con las mismas garantías que cuando se trata de entidades privadas”, como expone Horacio Cassinelli Muñoz. Las personas pública no estatales y la Constitución. Rev. De Derecho Público No.1-Mdeo.1992, p.13.

- Administración desarrollada por los propios interesados⁴²;
 - Sus modos de actuación derivan de aquel interés (fin debido de los actos, existencia de motivos válidos, publicidad);
 - Están sometidas a un control específico; en general sus actos son anulables por parte de órganos del Poder Judicial⁴³;
 - Su contratación no se rige por el art.33 y siguientes del TOCAF;
 - Las reglas de su personal son las del derecho laboral.⁴⁴
- Tienen actualmente cometidos muy variados y pueden constituir corporaciones, fundaciones, o ser "ejecutoras de políticas del Poder Ejecutivo"⁴⁵.
- En la relación con las estatales, también se dan problemas de articulación, incluso con ausencia de procedimientos para su solución.

3. Privadas no estatales de interés público.

Sus cometidos son de interés público, lo que determina una específica regulación, por ejemplo sobre procedimientos de control o de fomento, mediante colaboraciones, exoneraciones, etc.

En ese sentido téngase presente las instituciones de enseñanza y culturales, instituciones de asistencia médica colectiva, cooperativas de vivienda, etc..

Pueden también ser concesionarias de servicios públicos o realizar obras públicas o cumplir otros cometidos estatales, a través de distintas formas de tercerización.

4. Personas privadas. Se incluyen aquí las que no desarrollan actividades específicamente catalogables de interés público, como las sociedades comerciales.

5. Privadas estatales.

Cassagne expresa que "los fines que persigue el Estado al acudir a las formas jurídicas del derecho privado son bastante concretos y ellos consisten básicamente en dotar de una gestión ágil a la empresa, sometiéndola a las leyes y usos mercantiles (...)y otorgándole mayores posibilidades de financiación en cuanto a los créditos de terceros"⁴⁶.

Entre ellas se ubican las sociedades privadas de economía mixta.

En el Uruguay existen las referidas sociedades privadas de economía mixta, de acuerdo con el art. 188 incisos 3 y 4 de la Carta.

La ley presupuestal No. 17930 de 19-XII-2005, precisamente, en su art. 206 autoriza a A.F.E. "a participar de una sociedad anónima a ser constituida por la Corporación Nacional para el Desarrollo (...) para el transporte de cargas de modo ferroviario", remitiéndose expresamente a las disposiciones constitucionales antes citadas.

Agrega que esa sociedad "podrá intervenir en la rehabilitación de la infraestructura ferroviaria y también podrá adquirir material rodante"

Se reitera lo que dispone la Constitución: AFE deberá participar en la dirección de la empresa.

Se aprecia en esta disposición -lo ya hecho por anteriores actos legislativos- en cuanto a aludir al art. 188 incisos 3 y 4 de la Constitución en relación con un Ente Autónomo (o con un Servicio Descentralizado) en lugar de referir al Estado Central. También que se le autoriza a participar en actividades determinadas de empresa/s a constituir.

Cabe señalar que el Proyecto de Presupuesto remitido el 31-VIII-2005, art. 180 era más amplio, en tanto refería a la actividad de "construcción, conservación y explotación del modo ferroviario", "por intermedio de una o más sociedades anónimas (...)".

⁴² La dirección está a cargo de órganos en los que la mayoría está integrada por los sectores interesados, sin perjuicio de una posible minoritaria delegación estatal.

⁴³ En todo caso a su respecto es competente ese Poder y, en ningún caso, el T.C.A.

⁴⁴ Felipe Rotondo. Esquema sobre personas de derecho público no estatal A.D.A. T.VI-1998, p.51.

⁴⁵ José A. Cagnoni. Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales. Rev.Derecho Público No.1-1992, p.27 y sigs. Felipe Rotondo. Visión actual de las personas públicas no estatales. Rev.Derecho Público No.18-2000, p.87.

⁴⁶ Cassagne, op.cit.t.1, p.364, alude también a "la limitación de responsabilidad propia de algunas formas societarias" y concluye que "aparte de lo cuestionable que resulta (...)eliminar -en tales supuestos- la responsabilidad del Estado por los actos de una sociedad mercantil de su propiedad (o que administra) creemos que el Estado, en cuanto asociación perfecta o soberana, no puede guiarse en este aspecto por finalidades propias de quienes privadamente unen sus capitales para la realización de un negocio o negocios mercantiles" Más adelante indica que el régimen comercial "no significa que no puedan coexistir conjuntamente algunas relaciones de derecho público que impliquen una derogación o excepción al régimen común que las caracteriza. Tal acontece, por ej., con el acto de designación o revocación del mandato de los miembros del Directorio por el Estado en una S.A. el cual puede regirse por el derecho administrativo".

⁴⁷ La ley 17.556, art. 152 autoriza al Ente PLUNA a enajenar las acciones que tiene en Pluna S.A. a empresas nacionales o ciudadanos uruguayos.

Sobre el tema interesan también las leyes: No.16.211, art.6 (PLUNA)⁴⁷; No.16.832, art.22 (UTE)⁴⁸; No.17.243, art.20 (ANP)⁴⁹; No.17.443 (ANTEL)⁵⁰.

La ley 17.292, art.7, exige que la “sociedad a constituir” por los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, debe admitir jurídicamente la existencia de un órgano de contralor interno, integrado” por representantes de los Entes descentralizados participantes, “en forma proporcional a su participación”.

Encomienda a la Auditoría Interna de la Nación el dictado de “las normas técnicas generales a las que deben someter su actuación los representantes” de esos Entes; la Auditoría dictó resolución al respecto el 5-IX-2001.

Por su parte, aquellos Organismos deben someter al control *directo* del Tribunal de Cuentas la creación de sociedades comerciales con su participación, según la Ordenanza No. 78 dictada por ese Tribunal el 25-IV-2001.

Delpiazzo estima que “la sola presencia del Estado (en sentido amplio) califica en todos los casos a la institución de que se trate, cualquiera sea el quantum de su aporte”⁵¹; se comparte ese criterio, pero procede tener en cuenta que para otros autores, la calificación de (privada) estatal será válida si ese aporte es total o mayoritario.

- Encontramos, por otra parte, las sociedades anónimas estatales, con regulación por acto legislativo, por ejemplo ley 16.713, arts.92 y 94: Administradora estatal de Fondos de Ahorro Previsional (la AFAP República)⁵².

Lo fueron también entidades privadas expropiadas en su momento por el Estado. También

Cassinelli Muñoz considera, con razón, “leyes de cuestionable legitimidad constitucional”, las que permitieron sociedades comerciales de derecho privado, íntegramente estatales⁵³.

La realidad es –utilizando términos de Hauriou– que “la actividad administrativa no se manifiesta solamente por la creación y la gestión de servicios públicos propiamente dichos, según los procedimientos del Derecho Público; se manifiesta también por la creación de obras administrativas que son administradas por procedimientos de derecho privados. Y, en lo venidero, habrá cada vez más servicios privados al lado de servicios públicos”⁵⁴.

C. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO

1. En el ámbito de las personas públicas estatales se configura la “Administración Pública”⁵⁵ /⁵⁶.

Esta implica la existencia de diversas maneras de atender la satisfacción del interés general, con medios que exorbitan a la actividad privada; esa Administración puede ser nacional, municipal (local) y también internacional o, en su caso, correspondiente al derecho de integración.

⁴⁸ Puede participar en empresas de capital mixto, público o privado, siempre que las mismas tengan por objeto principal la instalación de nuevas plantas generadoras o la realización de nuevas líneas de transporte, ampliando el sistema de transmisión para interconectar con los países de la región. Ello con autorización del Poder Ejecutivo y mediante procedimientos que aseguren la publicidad e igualdad de trato a los oferentes, y cuya decisión debe fundarse en un estudio de factibilidad de la inversión resultante.

⁴⁹ Le autoriza a participar, en sociedad con capitales privados, “en la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo”, a través de una sociedad anónima constituida por la Corporación Nacional para el Desarrollo (decreto 137/00 y resolución del Directorio de la ANP 519.3/218 de 14-XI-2001).

⁵⁰ La admisión de capitales privados o la venta de acciones en la prestación de telefonía celular terrestre de ANTEL exige autorización legislativa según art. 188 de la Constitución.

⁵¹ Op.cit., p.60.

⁵² El art. 81 de esa ley le asigna el cometido de “constituir y organizar, con independencia del patrimonio del Ente y en régimen de derecho privado, actuando solo o en forma conjunta con instituciones financieras del Estado, una entidad administradora de fondos de ahorro previsional”. Los arts. 92 y 94 que actuando separada o conjuntamente con los Bancos República, Hipotecario y de Seguros del Estado, podrán formar AFAPs, “de las cuales serán propietarios”.

⁵³ Derecho Público, Mdeo. 1999, p.308-309 Refiere a las leyes que han admitido que personas estatales sean accionistas de empresas organizadas como sociedades comerciales, cuyo capital es totalmente estatal, en las cuales “el control estatal” sobre el funcionamiento “se hace a través de los mecanismos internos de la sociedad. Si el Estado recibiera por donación o herencia el 100% de las acciones de una anónima, “la situación, de acuerdo a la Constitución, no puede permanecer (...)”.

⁵⁴ “La jurisprudencia administrativa desde 1892 a 1929”, cit. por D.H. Martins, Objeto, contenido y método del D.Administrativo, ya mencionado, p.206.

⁵⁵ “El conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa conforma la Administración Pública, considerada desde el punto de vista orgánico”. J.C.Cassagne, op.cit. T.I, p.318

⁵⁶ Garpar Ariño Ortiz. La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico) 2ª.edic. Madrid, 1974, pág. 24 dice que “ninguna persona con forma de sociedad puede adquirir la cualidad de ente público ni ser considerada jurídicamente como Administración-sujeto (lo cual no quiere decir que no estén vinculadas, y muy estrechamente, a la Administración (...)).”

Por los fines o medios en juego, la administración también puede ser “semi pública”, caso de las personas públicas no estatales.⁵⁷

El art.191 de la Constitución alude a los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados “y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica”: tales administraciones, pese a ser “autónomas”, no configuran Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.⁵⁸

En una acepción estricta, si integran una entidad estatal, serán “Administración Pública “ y más aún, podrán serlo en la Administración Central, como es el caso de la Dirección General de Casinos del Estado

2.Dado el panorama ya trazado, de personas estatales de diversa naturaleza, como principio cabe seguir afirmando que “el Estado es siempre persona pública, aun cuando penetra en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La Administración es siempre persona de derecho público que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos también con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos”⁵⁹

Por su parte, con respecto a los actos reglados por el derecho privado

(art.27 num.4 del decreto-ley 15.524 de 9-I-1984, orgánico del T.C.A.)⁶⁰, Méndez ha señalado que son excepcionales y que, aun cuando para ciertos actos exista esa regulación, si la imposición normativa no es categórica, si la solución no es exclusiva, la Administración puede disponer y aplicar sus normas⁶¹

3. García de Enterría y Fernández⁶² expresan que “en lo que se refiere al Derecho de la Organización, puede observarse que la Administración Pública utiliza en ocasiones formas organizativas que son propias del Derecho privado.

Así, por ej., la forma de sociedad mercantil (...) Lo mismo ocurre con las formas privadas de contabilidad para evitar los rigores de la contabilidad pública que dificultan gravemente la realización de ciertas actividades”. Ello significa que “las formas del Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente instrumental por los entes públicos.

Este carácter instrumental (...)se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público. Así, por ejemplo, aun cuando las llamadas sociedades estatales estén constituidas como sociedades anónimas y actúen en el tráfico de acuerdo con el Derecho Privado, es siempre preciso para poder constituir las que se tome previamente una decisión, un acto de carácter público administrativo, al que se llega después de haber seguido un procedimiento también administrativo”.

Refieren al error de las corrientes doctrinales “para las que la aplicación

de técnicas de Derecho Público o Privado carece hoy de contenido sustancial”, “ya que entre unas y otras técnicas hay una diferencia fundamental, que consiste precisamente en que ese núcleo primero irreductible de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de derecho privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación al mismo del Derecho Administrativo podemos y debemos hablar de un verdadero límite sustancial”.

⁵⁷ La ley 17.060 de 23-XII-1998, art.8, modificó el art.175 del Código Penal, incluyendo en el concepto de funcionarios públicos—a los efectos de ese cuerpo normativo— a los funcionarios de esas entidades.

⁵⁸ Horacio Cassinelli Muñoz. Una nueva categoría institucional: el organismo descentralizado especial del art.190. Rev.D.J.A. T.62 No.6-7-8, p.121 y sigs. Recuerda que en la Cámara de Representantes se pensó en las Comisiones Nacionales de Educación Física, de Turismo, Honoraria para la Lucha Antituberculosa, Cajas de Compensaciones por Desocupación y las de Asignaciones Familiares, ante lo cual el miembro informante Dr.Ciasullo logró que el artículo volviera a Comisión para excluir “esa clase de organismo”: Las Cartas de 1934 y 1943, arts. 187 y 184 respectivamente, aludían a “todas las administraciones autónomas”, las que podían identificarse con los EEAA y los SSDD, mientras que el texto vigente desde 1952 permite concluir en “formas de descentralización atípicas”, que podrían constituir situaciones de desconcentración o también entidades como las públicas no estatales. Con respecto a este punto, del mismo autor, Las personas públicas no estatales y la Constitución, Rev.Derecho Público No.1-1992, p.13 y sigs.

Así podrá ubicarse, por ejemplo, la Comisión del Fondo Nacional de Música (ley 16.624 de 10-XI-1994), a la cual por decreto 362/996 se ha dado naturaleza de persona pública no estatal.

A veces se han pretendido colocar bajo ese manto, Comisiones insertas en Ministerios: por ej. el art.436 de la ley 16.170 de 28-XII-1990 estableció que el P.E. puede crear comisiones honorarias con el único cometido de administrar y ejecutar proyectos previstos en el Plan de Inversiones Públicas, las que deben cumplir con el art.138 TOCAF; se integran por personas de reconocida solvencia moral y cívica, atendiendo sugerencias de organizaciones sociales con personalidad jurídica, representativas en la respectiva zona.

⁵⁹ Informe de la Comisión que proyectó el Código de procedimientos administrativos y de lo contencioso administrativo, publicado en 1905, que cita Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo T.I Mdeo.1963, p.160-161, nota 3.

⁶⁰ Excluidos de la jurisdicción de dicho órgano.

⁶¹ A. Méndez. Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo, Mdeo. 1952, p. 15).

⁶² Curso de Derecho Administrativo Madrid 1981, T.I, p.41-48.

En el “Derecho Patrimonial”; dichos autores aprecian algo similar: “también en este caso existe un núcleo último irreductible de carácter público (la decisión de celebrar un contrato privado, la selección del contratista, la inserción del patrimonio privado en la organización público a los fines de su servicio instrumental).”

Dada la índole de la cuestión, importa subrayar –en palabras de dichos autores– que “el Derecho Administrativo no es un Derecho privilegiado. Junta a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las administraciones públicas donde existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, que tiende a perfilar una situación de equilibrio”.

Más adelante⁶³ indican que la utilización del Derecho privado no puede extenderse “al núcleo político de la Administración, como organización y como actividad. Es más: veremos que en uno y otro aspecto la instrumentalidad de los entes que se personifican o funcionan iure privato remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también, y no puede dejar de serlo, el ámbito interno de las relaciones que conexian a dichos entes con la Administración de la que dependen”.

También⁶⁴ que con la utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único se excede notoriamente el funcionalismo propio de esta forma de personificación. Una sociedad mercantil responde al principio corporativo o asociativo (...). En la técnica de sociedades de economía mixta la Administración “se adecua “a ese principio básico”; si –en cambio- aparece como socio exclusivo “se pone en marcha el principio institucional de personificación. La sociedad aparece como una simple forma (...) para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, esto es una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas (...)”.

Tal sociedad en su relaciones con terceros va a regirse por el Derecho privado, “pero internamente es realmente una pertenencia de la Administración (...) un ente institucional propio de la misma. Ad intra, en las relaciones entre la sociedad y su ente matriz, esta realidad se impone, de manera que el gobierno que sobre la misma efectúa dicho ente no se limita a lo que deriva de su status jurídico privado de socio, sino que cae de lleno en la regulación jurídico pública (...)”.

4. En la doctrina nacional, Brito ha expuesto que “no se trata, sin más, de la actuación” del Estado “mediante el dictado de actos de derecho privado, extremo legítimo y admisible”, antes, de su gobierno (organización y funcionamiento) con ajuste al derecho privado. ¿No supondría esto una contradicción in terminis, porque el Estado y sus entes son constitutivamente –por razón de ser– entes ‘públicos’, para el ‘público’?”.

Agrega de inmediato que “este extremo es exigencia derivada de la forma democrática republicana adoptada por la Nación para su gobierno (art.82 de la Constitución)”; también que el Estado, como ente servicial o vicarial, para el bien colectivo, nunca podrá hallarse en situación de libertad, “connotación propia del Derecho privado”, “(...) las suyas serán situaciones jurídicas de deber en orden a la consecución de los fines públicos –bien de la comunidad– a su cargo”.

Antes había planteado la cuestión fundamental, “saber si los entes públicos han de desarrollar actividad económica –por regla de principio- o si antes bien, no será necesario adecuar ese quehacer restableciéndolo predominantemente para el campo propio de la libertad, que atañe o es de los privados (Constitución de la República, arts.7, 10 y 36)”⁶⁵.

5. OTROS REGÍMENES.

Veamos lo que sucede en otros derechos:

5.1 Francia.

En Francia son personas jurídicas públicas, el Estado, las entidades territoriales (departamentos, comunas) y los establecimientos públicos (que incluyen las regiones, distritos que agrupan diversas comunas, sindicatos de comunas, comunidades urbanas)⁶⁶. También tienen esa calidad las organizaciones de los servicios administrativos que reciben liberalidades (de asistencia, culturales), aquéllos que gozan de especial

⁶³ García de Enterría y Fernández, op. cit. T.1, p.348.

⁶⁴ op.cit., p.350

⁶⁵ Mariano R. Brito. Transformaciones en la actividad de los entes públicos. Cap.V de la obra “Derecho Administrativo de la Regulación Económica”, cit.Mdeo.1998, en especial, p.73-79.

⁶⁶ Jorge Silva Cencio. Algunos aspectos del actual derecho administrativo francés. Rev.Fac.Der- Año XXIII-1975 Nos.3-4, p.381 y sigs. anota que “las fórmulas jurídicas superan incluso el dualismo descentralización territorial (departamentos, comunas)- descentralización por servicios (establecimientos públicos), puesto que justamente la descentralización territorial (en sentido amplio) se realiza habitualmente mediante la figura del establecimiento público, que tradicionalmente era considerado como la propia de la descentralización por servicios”

autonomía (universidades), los “establecimientos públicos comerciales e industriales”, y posteriormente, personas “innominadas” de derecho público (Ordenes Profesionales, Agencia France Presse, Conjuntos Urbanos). En este caso, pese a que la creación proviene de la iniciativa privada, se rigen por el derecho público.

En líneas generales, de todos modos se sigue la calificación legal; de no existir ésta, se toman en cuenta el origen, las prerrogativas, la organización y el control, de modo conjunto.

Los “establecimientos públicos” se siguen distinguiendo, pues, respecto de los establecimientos (privados) de interés público que no cumplen un “servicio público”, pero que poseen un determinado interés relevante.

Se ha dicho que “la administración no está más solamente dentro de la administración”. “Determinar si se trata de personas públicas o privadas no preocupa demasiado (...) ya que el criterio rector de la competencia y el derecho aplicables se determina por otras reglas (el principio del servicio público, la participación en el servicio, la misión de servicio público, etc.)”⁶⁷.

5.2 En Italia son personas jurídicas públicas, el Estado, las regiones, provincias, comunas, consorcios de entes públicos (autárquicos), corporaciones profesionales, sindicatos, instituciones de beneficencia⁶⁸ y los establecimientos para-estatales⁶⁹.

Los elementos definitorios que se toman en cuenta son básicamente el ejercicio del poder público, la creación y un fin de interés público, en conexión con el control, pero sin exigirse la configuración de todos estos aspectos.

5.3 En Portugal M.Caetano⁷⁰ señala que la Administración Pública comprende a los órganos de las personas jurídicas que tengan competencias para desarrollar de modo constante la iniciativa considerada necesaria a la realización de las finalidades específicas de seguridad y bienestar incluidas en las atribuciones de esas personas.

Los elementos que se toma en cuenta son –en líneas generales– los ya vistos, sin considerarlos taxativos.

5.4 En Argentina la organización administrativa nacional, comprende la administración pública central y la descentralizada, sea territorial o institucional. Esta comprende entidades autárquicas, con cometidos administrativos no industriales o comerciales, caso de las universidades; empresas del Estado y entidades descentralizadas atípicas.

En base a los arts.2 de la Constitución y 33 del C.Civil, la Iglesia Católica tiene calidad de persona jurídica pública.⁷¹

También se tienen personas públicas no estatales creadas, excepcionalmente, “por contrato o acto constitutivo privado, pero estando ligada la entidad al Estado por un vínculo de derecho público, v.gr., universidades privadas” o a ellas el Estado les confiere competencias de derecho público, “como imponer aportes obligatorios, asociación obligatoria, poder disciplinario sobre sus miembros, control de matrícula. Es el caso de los colegios o consejos profesionales”.⁷²

Se configuran sociedades comerciales de propiedad o control del Estado, de derecho privado, a las que –a veces– se les engloba como “entes estatales descentralizados”.

⁶⁷ Silva Cencio, op.cit.,p. 401-402.

⁶⁸ Creadas por particulares y con fondos privados.

⁶⁹ Para Alessi, op.cit.p.54, “las entidades paraestatales (mera terminología a la que no correspondería distinta categoría jurídica) no son otra cosa que entidades dotadas de personalidad jurídica pública, de las que se sirve el Estado para la realización de servicios de carácter nacional frente a las entidades autárquicas de carácter local”.

⁷⁰ cit.por D.H.Martins, La ciencia del Derecho Administrativo ante el siglo XXI, inédito.

⁷¹ Eduardo Algorta del Castillo. Calificación jurídica del Estado uruguayo en materia religiosa. Universidad de Navarra. 1984, p.521, señala que en el sistema nacional “pueden existir confesiones que pretendan acceder al status de persona pública no estatal en base a la interpretación que nos sugiere la actual redacción del art.21 del Código Civil.en el contexto del derecho constitucional vigente. En este sentido, la cooperación entre el Estado y los grupos religiosos viene exigida por los principios de libertad religiosa, de laicidad y de igualdad”. Cabe indicar que bajo la Carta de 1830, y más con aquel art. 21, la Iglesia Católica Uruguayo fue una persona jurídica de derecho público.

⁷² Roberto Dromi. Derecho Administrativo. 4ª.edic. Bs.As.1995, p. 465.-467.

IV. LA REFORMA O TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

A. CONCEPTO

En el informe sobre la Administración Pública uruguaya, formulado por la Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico, en 1965⁷³ se afirmó que “la eficiencia administrativa (...) depende de determinadas condiciones que fueron elevadas a categoría de principios. Algunos de ellos sin duda contienen verdades fundamentales, que deben orientar la organización o reorganización estructural y el funcionamiento de los servicios públicos”. Incluía el de que “la administración debe operar bajo orientación y contralor centralizados y ejecución descentralizada (...) La descentralización operativa implica, fundamentalmente, la desconcentración del poder de decidir. Tan importante es este aspecto que fue considerado un principio en sí mismo: la responsabilidad conlleva la autoridad”

Obsérvese la referencia a diversos institutos de la organización administrativa que deben ser debidamente perfilados.

En la “reforma del Estado” uruguayo, por lo mismo, se comprenden –entre otros– aspectos estructurales que inciden en su organización, sin perjuicio de destacar también los relativos al funcionamiento.

La reforma o transformación del Estado es el proceso que tiene por objetivo reformularlo, en base a planes determinados basados en conceptos propios de la organización administrativa y que persiguen el fin de su transformación, con adaptación a las nuevas realidades, para lograr más eficaz y eficientemente el interés general

B. COMPETENCIAS

El art.60 de la Constitución refiere a la creación del Servicio Civil, “que tendrá los cometidos que (la ley) establezca para asegurar una administración eficiente”.

La ley 15.757 de 15-VII-1985 que crea la O.N.S.C.; le confiere la “atribución” de “asesorar” preceptivamente a la Administración Central y Organismos descentralizados por servicios y a los Gobiernos Departamentales que lo soliciten, sobre “la organización y funcionamiento de sus dependencias”(art.4 “b”); el decreto 114/997, de reformulación de esa Oficina, también alude a su cometido sustantivo de “asistir al Sector Público” en el “diseño organizacional”.

Por su parte el art. 69 de la ley 17930 de 19-XII-2005 dispuso que el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros determinará la política de transformación del Estado con asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Oficina Nacional del Servicio Civil⁷⁴.

El art. 703 de la ley 16736 de 5-I-1996 fue sustituido por el art. 70 de la ley 17930 eliminando, entonces, el Comité Ejecutivo para la Reforma del Estado (CEPRE). De esta forma se cometió a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y a la Oficina Nacional del Servicio Civil, que actuarán coordinadamente con el Ministerio de Economía y Finanzas, el programa de transformación del Estado otorgándose, asimismo, la tarea de verificar el cumplimiento de las metas fijadas al respecto.

La transformación se realiza para “implantar y dar continuidad al programa de modernización del Estado” y verificar sus metas; tiene como “cometidos”, los de “dictaminar sobre los proyectos de estructuras organizativas” y “promover el reordenamiento de las estructuras organizativas tendiendo al fortalecimiento de los cometidos sustanciales (...)”, art.706 de la ley 16736, en lo pertinente.

El art.730 de la ley 16736 prevé que los proyectos de reformulación de estructuras organizativas funcionales de los Incisos 02 al 14 del Presupuesto Nacional se aprueban por el Poder Ejecutivo. e informarán a la Asamblea General del Poder Legislativo, no pudiendo comenzar la ejecución hasta transcurridos 30 días de la remisión⁷⁵.

Por su parte el art.731 de la ley aludida en último término refiere a los restantes Incisos del Presupuesto Nacional.

⁷³ Programa de reforma administrativa. Publicación del Instituto Nacional del Libro Mdeo.1989. págs.36 y sigs.

⁷⁴ La asignación competencial en exclusividad al Consejo de Ministros no se adecua a lo dispuesto en el art. 160 de la Constitución.

⁷⁵ “(...) puede decirse que las principales transformaciones se están operando en el sistema orgánico Poder Ejecutivo”, conf.C.Delpiazzo, en el Cap.III Reforma del Estado. Derecho Administrativo de la Regulación Económica, Mdeo. 1998,p.53 y sigs.

C. DESESTATIZACIÓN:

Es el pasaje de actividades de las entidades estatales a públicas no estatales (casos de la Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (ley 16.736, art.341), Institución Plan Agropecuario (ley 16.736, art.241), “sucesores” de reparticiones estatales específicas.

En el caso del Plan Agropecuario se prevé expresamente un “régimen de funcionamiento administrativo y comercial” según “normas del derecho privado y comercial” o “de la actividad privada”, en especial “en cuanto a su contabilidad, estatuto de personal y contratos”, a la vez que se establece el control estatal de la gestión y de los balances, así como la anulación de sus actos por tribunales civiles.

Con respecto al Instituto de Promoción de la Inversión y las Exportaciones de Bienes y Servicios (ley 16.736, art.202 y sigs.), se previó el pasaje de funcionarios que revistaran en dependencias de los Programas 02 a 14 del Presupuesto Nacional, con competencia en la materia de este Instituto.

En el sentido expuesto se observó la reciente creación, en forma de persona pública no estatal, del Instituto Nacional de Calidad (INACAL), art. 175 de la ley 17930 .

Este Instituto es competente para “orientar y coordinar las acciones de un Sistema Nacional de Calidad”. Viene a sustituir al Comité Nacional de Calidad, creado por decreto No. 177/991 de 1-IV-1991 en el ámbito del Inciso 02-Presidencia de la República, a cuya Secretaría se le asignó el “organizar, dirigir y coordinar el Programa Nacional de Calidad, en la producción de bienes y servicios del país”, en términos del decreto 380/997 de 10-X-1997; a posteriori, por decreto No. 175/001 de 15-V-2001 se estableció que dicho Comité funcionaría en la órbita del Ministerio de Industria, Energía y Minería, además de modificarse otros aspectos, como la integración del Comité, la creación de un Consejo Directivo dependiente de aquél, etc.

Se está ante una entidad pública estatal que se transforma en pública no estatal; la cual –como otras entidades de esta naturaleza en la etapa de su desdibujamiento– tiene un único director nombrado por el Poder Ejecutivo y una integración con origen del sector privado, en órgano asesor.

D. PROHIBICIONES, SUPRESIONES, FUSIONES y EN SU CASO SEPARACIONES.

Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial, con excepción de los Bancos República, Central y de Previsión Social, “no desarrollarán actividades cuyos ingresos directos no sean suficientes para cubrir los gastos y amortizaciones que aquéllas ocasionen”, como regla (arts.5 “B” ley 16.211). Esta ley, art.15, suprimió el Servicios Descentralizado ILPE.

“Al proyectarse las nuevas estructuras organizativas, podrá disponerse (...) la fusión o supresión de las unidades ejecutoras de cada Inciso”, y “sólo podrán ser unidades ejecutoras aquellas que tengan a su cargo cometidos sustantivos” (arts.707 y 708 ley 16.736).

Al respecto procede citar los decretos 255/995 de 11-VII-1995 y 186/996 de 16-V-1996.

El primero de ellos, en su art.1 dispuso que en la formulación del Presupuesto Nacional (Incisos 02 a 14) debían fortalecerse “los cometidos sustantivos de cada Secretaría de Estado en la formulación de su misión y objetivos, políticas sectoriales y aspectos normativos, de regulación y de control”.

La atención en los “cometidos sustantivos” o “sustanciales”⁷⁶ incide en los cometidos a cargo de la Administración y, por lo mismo, en uno de los aspectos de la competencia orgánica.

La ley 17.930 de 19-XII-2005 parte de la base de la existencia de ese tipo de cometidos.

⁷⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “sustantivo” es “lo que tiene existencia real, independiente” y “sustancial”, “lo más esencial y más importante”. De acuerdo con el decreto 186/996, art.17 lo son “las actividades referidas a la formulación de políticas, las de regulación y las de control, asignadas al Estado por la Constitución o la ley”. La actividad de prestación de servicios no queda incluida, y el Estado la cumplirá “directamente” “sólo cuando ello esté impuesto por la Constitución o la ley, cuando su ejecución por los particulares no garantice la equidad en el acceso de la población a los mismos o cuando existe una relación adecuada entre el costo del servicio y el resultado obtenido”.

E. PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTROL.

Existe, en nuestros días, de acuerdo con lo que puede observarse hasta el momento, una separación entre los cometidos prestacionales y la competencia de regulación y/o control, lo que tiene incidencia orgánica, a través de la: aparición de órganos con autonomía técnica.

El antes citado decreto 186/996, en su art. 19 estableció que “En todos los casos en que un servicio sea cumplido por la misma unidad organizativa que lo regula y lo controla, ésta deberá reorganizarse a fin de separar la actividad normativa y fiscalizadora de la prestacional, priorizando las actividades de regulación y fiscalización”.

La ley 16.736, en su art. 746, determinó especialmente la pertinencia de esa separación de competencias respecto de los servicios postales

De esta manera surge la creación de las Unidades Reguladoras de Servicios de Comunicaciones (URSEC)⁷⁷ y de Servicios de Energía y Agua (URSEA)⁷⁸..

Un rol similar tienen las Superintendencias de Seguros y Reaseguros, ley 16.246, art.6 y ley 16.696, arts 41 y 59 y de Instituciones de Intermediación Financiera, ley 16.696, arts.38 a 40⁷⁹ y del propio Banco Central, que integran esas Superintendencias, según ley 17.613⁸⁰ y ley 16.713, arts.134 a 136 respecto de las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional).

F. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN.

En ese sentido:

-Los balances de las “empresas del Estado”, comerciales e industriales, se expresarán en los estados de situación patrimonial y de resultados, según leyes No.16.060 y 17.040.

-En el primer presupuesto de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales, de cada período de gobierno, con excepción del BROU, BCU y BPS, se acompañará con “un informe explicativo de los planes y metas” para el quinquenio, “con una proyección de las inversiones correspondientes”, así como de una “explicación de la vinculación del presupuesto con sus metas y programas”. Tales Organismos no desarrollarán como regla actividades no incluidas en sus presupuestos ni aquellas cuyos ingresos directos no sean suficientes para cubrir los gastos y amortizaciones (arts.4 y 5 ley16.211).

- El Poder Ejecutivo puede comunicar a esos Organismos “su criterio sobre la ejecución presupuestal de sus gastos de funcionamiento”, ley 17.243, art.23.

-Con autorización de ese Poder e informe del Banco Central, dichos Organismos pueden emitir obligaciones o debentures para financiar proyectos de inversión, ley 16.462, art.272.

-Las sociedades comerciales respecto de las cuales organismos estatales sean tenedores de acciones o titulares de participaciones, deben inscribirse en el Registro de Valores del Banco Central del Uruguay y publicarán estados contables auditados en el Diario Oficial y páginas web en Internet, con control del Tribunal de Cuentas, ley 17.555, art. 25.

-El incremento anual del “gasto primario corriente del Gobierno Central” debe dlimitarse para que no supere, en términos reales, un monto que afecte los parámetros de la estabilidad macroeconómica y la sostenibilidad de las cuentas públicas, ley 17.930, art. 32.

-El sistema presupuestario debe incluir, sin excepción, todos los ingresos y gastos de cada Inciso” presupuestal, figurando por separado y con sus montos íntegros, sin compensación entre sí, ley 17.930, art. 47.

⁷⁷ Creada por el art. 70 de la ley 17.296 y regulada por sus arts. 71 a 97, con modificaciones introducidas por ley 17.598, art. 23 y ley 17.930, art. 194; también ley 17.556, art. 89 y arts. 195 a 198 de la ley 17.930.

⁷⁸ Creada por la ley 17.598, sustituyendo a la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica creada por la ley 16.832, art. 2. La ley 17.598 tiene modificaciones introducidas por los arts. 189 y 192 de la ley 17.930, la cual trata de la Unidad en sus arts. 190, 191 y 193.

⁷⁹ El art. 39 modificado por la ley 17.613, art. 5.

⁸⁰ Su art. 1° prevé que ese Banco “ejercerá sus potestades normativas, de control y sancionatorias sobre las entidades de intermediación financiera que integren un grupo económico con otras empresas, teniendo en cuenta la existencia, solidez y solvencia de la entidad controlada (...)”.

G. DESARROLLO DEL INSTITUTO DE LA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES

Es otro instrumento fundamental, desde el punto de vista del funcionamiento de la Administración, a los efectos del ejercicio adecuado de las competencias.

Se ha proyectado, incluso, fuera de la estructura jerárquica respectiva, caso del decreto 264/996 por el cual el Poder Ejecutivo delegó en el Directorio del Banco de Previsión Social la atribución de otorgar jubilaciones y pensiones civiles (art.168 ord.3 de la Constitución).

H. DESARROLLO DE LA DESCONCENTRACIÓN.

En ese sentido se destaca la desconcentración de origen reglamentario y la no privativa.

Ello sin perjuicio de la emergente de normas legales, como es el caso de la Unidad de Gestión Desconcentrada creada por la ley 17.902 en la Administración de las Obras Sanitarias del Estado, a quien corresponde el servicio público de saneamiento y abastecimiento de agua potable para el consumo humano en el departamento de Maldonado.

I. DESCENTRALIZACIÓN

Se observa un énfasis en la “descentralización” en un sentido más amplio que el orgánico.

Por ejemplo, en el decreto 255/995, art.1 “c”, se aludió a que “se descentralizarán funcionalmente las actividades de prestación de servicios, empezando por aquellas que puedan autofinanciarse con recursos propios (...)”

Ese sentido se ha constitucionalizado al preverse en el último inciso del art. 50 de la Carta, agregado en la reforma de 1996, que “el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”.

En el sentido específicamente orgánico, se destaca la materia propiamente “municipal”, correspondiente a la competencia de las “autoridades locales”, emergente de la reforma constitucional citada, art. 262 inciso 3°.

J. ACENTUACIÓN DEL PODER EJECUTIVO COMO CONDUCTOR POLÍTICO

Sin perjuicio de la atribución competencial analizada en el comienzo de este capítulo, el tema que se presenta se realiza mediante diversos instrumentos. Así, por ejemplo, a través de su intervención esencialmente mediante actos de autorización o aprobación⁸¹; también a través de la comunicación de criterios sobre determinados aspectos de gestión, caso del art.23 de la ley 17.243, citado en el precedente apartado “F”:

La ley 17.930, art. 33, exige la programación de la ejecución presupuestal y financiera del ejercicio siguiente, según metodología prefijada por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, para “establecer el nivel máximo de compromisos acorde con la evolución de la disponibilidad financiera”

⁸¹ Ejemplos: aprobación de contratos por los que ANCAP se asocie con otras empresas, en las fases de la operativa petrolera: ley 15.903, art.178; autorización para que AFE otorgue, por concesión, la realización de obras y prestación de servicios ferroviarios, dando cuenta a la Asamblea General: ley 16.736, art. 752 o para el uso de las vías férreas por empresas que cumplan requisitos técnicos y abonen un “peaje”: ley 17.243, art. 21; autorización para que ANTEL pueda prestar servicios fuera de fronteras, dando cuenta al Poder Legislativo: ley 16.828.

A su vez, la referida ley determina que el Poder Ejecutivo podrá fijar límites de ejecución en el presupuesto de gastos de funcionamiento y de inversiones, para “ajustar los desvíos producidos”, los cuales no podrán afectar a los salarios.

Este aspecto revela el énfasis del rol de conductor político del Poder Ejecutivo, lo cual no implica desconocer en su caso las autonomías sino que aquella conducción debe ejercerse según los preceptos de la Carta, cuando se refiera a órganos u organismos que poseen aquella calidad: será por la vía del art.197 o, en su caso, por la del 220 coordinado con el 214 de la Constitución.

Ese rol del Poder Ejecutivo y de la propia Presidencia de la República puede apreciarse, asimismo, con la creación efectuada por el art 58 de la ley 17930, de la “Unidad de Asesoramiento y Monitoreo de Políticas”, dependiente directamente de aquella, Unidad que asesorará en las áreas que el Presidente establezca y hará “el seguimiento de las determinaciones políticas del Poder Ejecutivo, cuando éste así lo establezca”.

Por otra parte, anteriormente se establecieron procedimientos, a nivel administrativo, tendientes a la aplicación de los controles conferidos a ese Poder por los arts.197 y 198 de la Constitución⁸².

Montevideo, marzo de 2006.

⁸² Decreto 155/000. En el caso de los decretos 157/002, 158/002 y 159/002 se destacan las instrucciones dadas a los Organismos del art.221 de la Carta



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Brito, Mariano* - *“Constitución y Derecho público: cumplimiento de las promesas”*
- *Rodríguez Arana, Jaime* - *“Ética, política y urbanismo”*



CONSTITUCIÓN Y DERECHO PÚBLICO: CUMPLIMIENTO DE LAS PROMESAS

Mariano R. BRITO ()*

El título es una optimización o reclamo desde la praxis; es que ya no cabe la sola atención a estereotipos, fórmulas y paradigmas constitucionales. El curso de los tiempos ha seguido y vivimos hoy ya sumergidos en la sociedad de la información y el conocimiento en un mundo globalizado. Avanzando el siglo XXI –ante las circunstancias históricas –el acaecimiento y la coyuntura- se hace necesario ver cuán efectivas son las promesas que la Constitución ha consagrado, y en su caso –conocido el aporte positivo de la constitucionalidad-, buscar y hallar los mecanismos formales, institucionales y sustantivos que permitan alcanzar la efectividad prometida. Esta última tarea lleva consigo definición de políticas de Estado, cuya regulación corresponde al Derecho Público. Pero a cuando tal se llega es ineludible la dimensión o juicio político. Efectividad de las promesas supone tanto como alcanzar si se ha obrado de conformidad con el deber constitucional y hecho uso de las posibilidades que se han dado en el sentido del ordenamiento (Derecho Público) y sus fines.

Todo lo cual conduce a tener presente que “El principio del Estado de Derecho exige que la administración (toda autoridad pública diríamos) sólo puede intervenir en la esfera legal del particular cuando se encuentra autorizada para tal efecto mediante ley, y cuando el contenido, objeto y extensión de esa autorización se encuentra suficientemente determinada en la ley, de modo tal que la intervención sea cuantificable y previsible para el legislador”^{1 2}. Y con estos extremos, sea o alcance la efectividad de las promesas contenidas en la Constitución.

De igual modo, cuando la autoridad pública obra en el ámbito del bien común los poderes que la Constitución le atribuye –ejerciendo su competencia- se impone, una vez más, la búsqueda de la efectividad de las promesas que aquella atribución lleva consigo en orden a la realización del Estado de Derecho (su operación aplicativa de la Constitución). Corresponde ya tener a la vista:

1. El marco operativo delimitado para el tema a mi cargo muestra la relación de base entre Constitución y Derecho Público, para atender a su objeto trascendente: efectividad de la primera. Se sabe que efectivo es tanto como real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o eventual.
2. Por cuanto se trata de la efectividad o cumplimiento de la Constitución se reclama atender al orden pragmático (efectos prácticos o praxis) que muestre que ella constituye un marco vinculante, sí, en cuanto es regla de derecho; pero además, hasta dónde es derecho operativo, con efectividad aplicativa, y no sólo postulado normativo de conductas estimadas positivas y valiosas.
3. Recientemente se decía desde Alemania: “El 8 de mayo conmemoramos el sexagésimo aniversario del fin de la Segunda Guerra Mundial y de la liberación del Europa del nacionalsocialismo”. Bien se anota: “El conflicto nos deparó dolor y destrucción inconmensurables. En el siglo XX, nuestro continente conoció así el abismo. Hoy sin embargo, podemos afirmar que los enemigos de entonces se han transformado en amigos. 45 años después del fin del nacionalsocialismo, cayó la cortina de hierro. Este año los alemanes están en condiciones de festejar el 15 Aniversario de su reunificación. Europa, por su parte, festeja haber superado su división”³.
4. Y con tono positivo, de efectividad constitucional, se agregaba: “Las dictaduras fueron superadas por una política inspirada en valores. Ha triunfado la libertad, la democracia y el estado de

¹ Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Compilación de Sentencias Jürgen SCHWABE, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, febrero 2003, Pág. 359.

² Constitución de la República Oriental del Uruguay, Art. 10: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”
“Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

³ Ángela MERKEL, Presidenta de la Unión Demócrata Cristiana Alemana (CDU) desde 2001. En la actualidad preside el bloque de la CDU/CSU del parlamento Federal Alemán, en Diálogo Político, conflictos sin fronteras, Konrad – Adenauer – Stiftung, Año XXIII, No. 3, Septiembre 2005, Pág. 136. Canciller de Alemania desde noviembre 2005.

derecho. Nunca antes en la historia reciente nos encontramos en una situación más feliz que hoy: gozar de la paz en libertad”⁴.

5. Sin embargo, al despertar el siglo XXI –ya en sus umbrales– se reconocen situaciones cuasi permanentes, aquí y acullá, internas e internacionales, de compromiso y confrontación, conflictos latentes o francamente desatados derrotados, enfrentamientos con situaciones terminales de guerra o de frustración de la paz y la libertad, amenaza o quebranto efectivo de los derechos humanos, y aun el descenso hasta la difusión de armas de aniquilación masiva. También no vemos ajeno al quebrantamiento apuntado, el compromiso apocalíptico de la vida y salud humana o de los márgenes de su supervivencia y la amenaza masiva de los sustentos y condiciones indispensables de la dignidad del hombre, negados desde el hacinamiento y marginación, con fenómenos de generalización de la pobreza en pueblos y continentes excluidos o expulsados del norte desarrollado, o minusvalorados y discriminados en su servir, hallando bolsones de hacinamiento y persistencia vergonzante, o de marginación para la inmigración. Una vez más el conflicto entre la sociedad opulenta y la pobreza por debajo de los límites de subsistencia digna (piénsese, en los estertores del octubre francés aún no extinguido, las poblaciones que mueren masivamente por el sida o la pauperización creciente en América Latina y África).
6. Se ha podido comprobar con la autoridad y prestigio intelectual de Allan Brewer Carías que “En todo caso lo cierto es que las crisis colocan a los países ante nuevos retos y oportunidades que provocan la generación de nuevas ideas y soluciones”. Y en medio de todo aunque refiriéndose a su país, bien podría el autor extenderse en generalidades -: “... precisamente está en esta situación para el futuro, en la difícilísima tarea de tener que reconstruir la institucionalidad democrática que ha sido gravemente demolida”⁵.
7. Porque en medio de todo el caos descrito, se resiente o cae la democracia instaurada. El título de nuestra exposición anuncia un clamor de frustraciones e inequidades, con el vigor demostrativo de la praxis, que exceden los enunciados de los textos normativos constitucionales; también, avanzando el siglo XXI, se ve el endeble cumplimiento e ineffectividad asaz frecuente o generalizado de las promesas que las constituciones han consagrado ya no sólo para los derechos de primera generación sino también para los derechos sociales, y en suma el Estado Social de Derecho.
8. La cuestión adquiere mayor intensidad de riesgo y daño efectivo de los derechos humanos cuando acaece, una vez más, que “El más importante y esencial de los debates políticos que seguimos teniendo los latinoamericanos en estos comienzos del siglo XXI, no es otro que el de la democracia, es decir confrontar criterios sobre qué es lo que debemos hacer para perfeccionar y profundizar la democracia y asegurar su efectiva gobernabilidad: pues, sin duda, hay muchos que plantean que hay que sustituirla por un régimen político autoritario, militarista e *impositivo, fundamentado en la centralización y la concentración del Poder*”. En definitiva, es el debate de siempre, que origina la opción entre democracia y autoritarismo, el cual no puede tener otro resultado que no sea el de diseñar un sistema político que asegure que nuestras democracias, en las próximas décadas, sean más participativas y más representativas”⁶.
9. Más todavía: la Constitución enfrenta todavía, para su efectividad, uno de los efectos no deseados de un fenómeno contemporáneo: que “Estamos viviendo en un mundo caracterizado por un creciente impacto de la globalización en la política, la economía y múltiples aspectos de la sociedad. Ella se manifiesta, entre otros efectos, sin duda, en la desterritorialización de los conflictos. Narcotráfico, terrorismo y violencia social configuran una trama de amenazas y peligros que desbordan las fronteras de los estados nacionales al tiempo que condicionan sus márgenes de acción”⁷. Bastaría aquí la cita de nombres de países y aun regiones de América Latina que todos tenemos muy presentes para cuestionar la efectividad de las respectivas Constituciones, con su entreaña de garantías y acotamiento del poder político, y la mención de conflictos sociales, cuya expresión organizacional se ha convertido en un dolor de cabeza para los ciudadanos y los gobiernos de algunos países⁸. Esa realidad enfrenta a la Constitución y el Derecho Público en cuanto cuestiona la una y el otro en su conjunto mostrando para ambos una vis expansiva que alcanza, por lo pronto:

⁴ Ibidem.

⁵ Allan Randolph BREWER CARÍAS, A manera de explicación, en Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Caracas, 2001, Pág. 9.

⁶ Ibidem. Pág. 43.

⁷ Hans BLOEMEIR, Editorial, en Diálogo Político, Conflicto sin fronteras, Ed. Konrad – Adenauer – Stiftung, Buenos Aires, Año XXII, No. 3, septiembre 2005.

⁸ Ibidem.

1º) Las relaciones paradigmáticas en términos de dualismos tradicionales (derecho público – derecho privado; libertad – igualdad; autoridad – libertad; orden público – libertad; Estado – Sociedad; coacción – protección; planteando:

- a) reconocer y vigorizar las fuentes y fundamentos del Estado Democrático de Derecho, cuya afirmación primaria radica en el pueblo origen del poder y en la dignidad del hombre, de cada hombre y de todo hombre;⁹
- b) buscar afanosamente formas de participación ciudadana y de participación social, en términos de exigencia constitucional, de tal manera que aquella no queda sólo librada a la representación político – partidaria¹⁰ (ya aquí precisamos que esto no implica alejarse o postular el desconocimiento de la representatividad político – partidaria, pero sí reprochar o renegar de la partidocracia y de la representación como únicas fuentes de la legitimación del poder).

2º) La afirmación vigorosa, con reclamo de realidad, del interés general, social, y aun particular –no ya en términos de confrontación, sino de articulación y complementariedad. Es ilustrativo el Art. 47 de la Constitución uruguaya con la reforma del 31 de octubre de 2004 y proclamada por la Corte Electoral el 8 de noviembre de 2004¹¹.

3º) La caracterización de sus contenidos y la definición del objeto de la Constitución, para advertir que lo suyo ha de ser erigir la una y encaminar sus desarrollos por el derecho público, permitiendo un aserto fundamental: el control de las operaciones administrativas y del gobierno mantener y reconocer que “Its primary purpose is to keep governmental powers within their legal bounds and to protect individuals against the abuse of such powers. It sets forth the powers that may be exercised by administrative agencies, lays down the principles governing the exercise of those powers, and provides legal remedies to those aggrieved by administrative action”¹². Para el derecho continental, al cual se afilia el ordenamiento uruguayo, el objeto es más amplio: cubre no sólo los poderes administrativos, su ejercicio, y remedios, pero también materias tales como las diversas formas de los órganos administrativos, el ejercicio y las limitaciones del poder regulador, la ley del servicio civil, la adquisición y manejo de la propiedad pública; las obras públicas; y las obligaciones administrativas¹³. A todo lo cual ha de cuidar la Constitución y su consecuente desarrollo por el Derecho Público, y tomarse en cuenta cuando la efectividad de las promesas de la Constitución se plantea.

10. Si de Constitución y Derecho Público y efectividad de la primera hablamos, se impone aún una trascendente advertencia: la cuestión de que “siguen existiendo en las Constituciones vigentes, igual que en las Constituciones anteriores, normas de las denominadas programáticas, si por tales se entienden los enunciados que requieren ser completados por el legislador ordinario al que la Constitución se remite. Ya en el tiempo de vigencia de la Constitución de Weimar, por citar un texto que abre el camino a la modernidad e impone la regla de la supremacía constitucional, la doctrina alemana había observado la existencia de muchas prescripciones en la misma que requerían el concurso del legislador para poder ser aplicadas. Esta circunstancia se repite en las Constituciones actuales (y no sólo en relación con los derechos económicos y sociales, como suele afirmarse habitualmente, sino también en relación con algunos derechos procesales y civiles que no pueden ejercitarse si el legislador no provee lo necesario), y era también absolutamente habitual en las Constituciones del pasado.

⁹ Mariano R. BRITO, Derecho Administrativo. Su permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2004, Pág. 16-17.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”. Véase: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada en Nueva York el 9/5/92, aprobada por la Ley 16.517 del 22/7/94; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y sus Anexos, aprobado por la Ley 16.518 del 22/7/94; Protocolo de San Salvador del 17/11/88, aprobado por la Ley 16.519 del 22/7/94, Art. 11; ley 16.688 del 22/12/94 por la que se aprueba un régimen de prevención y vigilancia ante posible contaminación de las aguas de jurisdicción nacional.

¹² Bernard SCHWARTZ, Administrative Law, USA, 1991, 3ª. Ed., Pág. 1.

¹³ *Ibidem*, Pág. 2.

Pero el hecho de que las normas constitucionales necesiten el concurso del legislador para concretarlas y hacerlas operativas no quiere decir que pierdan todo su carácter normativo. Se tratará, en tal caso, de normas incompletas, que no por tal circunstancia pueden excluirse de la normatividad. Son normas que renuncian a explicitar totalmente los supuestos fácticos a los que se refieren o las consecuencias jurídicas de lo que disponen, remitiéndose a otros poderes externos para que integren estos déficits¹⁴.

“Del mismo modo –continúa el autor citado–, como ya hemos dicho, es pertinente separar del problema del carácter normativo de las reglas constitucionales la cuestión de su eficacia y la de su posible invocabilidad ante los tribunales”¹⁵.

Más aún: considerando con Muñoz Machado que es pertinente la separación anotada, y la de la posible invocación de las primeras ante los tribunales, dice: “Ya hemos señalado más atrás que existen reglas de Derecho que no están acompañadas de un sistema coactivo específico para asegurar su aplicación forzosa. El mejor ejemplo es el de las normas constitucionales, como ya hemos señalado. La circunstancia de que no se hayan fijado en ellas, o en la legislación que las desarrolle, formas de control de la legislación que viole sus determinaciones no es determinante de que sus preceptos no tengan valor normativo. Pueden, en tal caso, tener efectos más debilitados: aplicarse por los jueces ordinarios y, en defecto de justicia constitucional, ser utilizados al menos como parámetro de control de la acción del poder ejecutivo; y, en la más debilitada de las hipótesis, pueden servir como criterio de interpretación de la legislación positiva”¹⁶.

11. En el ordenamiento jurídico uruguayo la cuestión anotada se conoce por la múltiple presencia de normas programáticas en la Constitución de la República, que aunque reclaman de normas legales reglamentarias para su operatividad¹⁷, tienen inequívoco carácter normativo constitucional; son ius normans. Son normas “cuya virtualidad y eficacia jurídicas quede supeditada a la adopción de normas jurídicas consecuentes”. Pero debe reconocerse que aun cabe su aplicación directa toda vez que el orden constitucional uruguayo dispone: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recorriendo a los fundamentos de leyes análogos, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”¹⁸. Pero también la Constitución consagra derechos económicos y sociales en normas igualmente programáticas¹⁹. Cuando se hallan normas programáticas procede saber que la Constitución deja al legislador un amplio espacio para valorar la conveniencia y necesidad de los medios que elige para alcanzar los fines constitucionales. Esto se aplica también a la evaluación de los fundamentos de hecho de la reglamentación legal. Pero ha de reconocerse que la discrecionalidad del legislador halla un poderoso límite sustantivo en el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este principio la intervención se debe fundamentar en consideraciones de orden lógico y adecuado; el medio empleado debe ser además, idóneo y necesario, para alcanzar los fines que se persiguen y tomar en cuenta los límites de la razonabilidad. También para el legislador, cuando se aplica al desarrollo de las normas programáticas, ha de tenerse en cuenta que si lo propio del ser libre es ser causa de sí mismo (“... llamamos hombre libre al que se pertenece a sí mismo y no tiene dueño”)²⁰, no puede predicarse tal atributo del estado porque él no existe para sí, menos en sí halla su razón de ser; sólo es para el bien común. “El Estado de Derecho constituye un ordenamiento del poder para el fin debido”²¹, por lo que también para el caso concluimos –como lo hicieramos antes para el actuar administrativo– en la negación de la categoría sustantiva de la discrecionalidad, entendiéndola subsistente sólo para la denominación de una operación intelectual del agente público, que para decidir (antes de, por lo

¹⁴ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Constitución*, Madrid, 2004, Pág. 65.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, cit., Pág. 66.

¹⁷ Mariano R. BRITO, Responsabilidad del Estado con respecto a la familia, en *Jornadas Rioplatenses de Derecho*, Publ. de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXIX, Segunda Época, Número 32, Pág. 75.
Vide: Constitución uruguayo de 1967: artículos 28, 33, 41 inc. 2, 44, 45, 46 y 49.

¹⁸ Constitución de la República, Art. 332.

¹⁹ V. Constitución Art. 45: “Todo habitante tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados APRA ese fin”.

²⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Colección Austral, Espasa Calpe, Madrid, 14ª. Ed., 1993, Pág. 41.

²¹ Mariano R. BRITO, *Ob. Cit.* Nota 9, Pág. 456.

tanto –y para legislar- en el caso) examina varios comportamientos posibles en orden al interés público que debe alcanzar. Pero de aquí no puede derivarse con razón de necesidad la exclusión de la posterior apreciación jurisdiccional de la aptitud del acto (legislativo, en la especie considerada) para el fin, propio de la situación de deber a su respecto que justifica la regulación legislativa de la norma constitucional programática.

12. Todavía se releva por las consideraciones precedentes que la tutela jurisdiccional efectiva –aplicación de la competencia de principio del Poder Judicial- debe alcanzar frente al desarrollo legislativo de la normatividad programática y conductas estatales consecuentes, ya en orden a la posible omisión de su cumplimiento como por su inadecuada, desproporcionada o irracional. Siendo esa normatividad constitucional calificada programática, y en cuanto ella prescriba órdenes de actuación operativa, se vuelve necesaria la afirmación que dejamos formulada en el párrafo precedente, y también la posible configuración de situaciones de compromiso de la responsabilidad del Estado.

CONCLUSIONES

1. El cumplimiento de las promesas de la Constitución es parte de un sistema de prescripciones que condiciona el ejercicio de las facultades del poder público, por lo cual deviene piedra sillar del Estado Democrático de Derecho.
2. El condicionamiento anotado es derivación primera del “telos de la Constitución”, el que “En un sentido ontológico... (busca) la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”²².
3. La Constitución reconoce derechos individuales y derechos sociales y proclama las promesas de conductas protectoras. El cumplimiento de éstas es alcanzado con la nota de exigibilidad propia del carácter normativo de la Constitución, ora mediante obligaciones de no hacer, ora de hacer.
4. cuando la Constitución impera al Estado conductas de hacer, el cumplimiento de las promesas es consecuente con la garantía de una determinada prestación. Su omisión o violación puede abrir el cauce de la responsabilidad estatal.
5. Una vez más corresponde señalar que frecuentemente se hallarán comprometidas cuestiones de moral natural cuya disposición no entra en las facultades del Estado²³. En las situaciones allí comprometidas la promesa de cumplimiento de la Constitución “es garantía de abstención de turbar e impedir la libre acción de terceros respecto al disfrute de determinados bienes o respecto al desarrollo de determinadas actividades personales o cualidades naturales”²⁴.
6. El protagonismo estatal para el cumplimiento de las promesas constitucionales no enerva ni posterga la iniciativa individual en uso de la libertad responsable, ni la operación de los hombres agrupados en las comunidades intermedias; la operación estatal se moverá, en general, en los límites de la acción subsidiaria, pero no puede pretenderse fórmulas universalmente válidas al respecto ya que es muy variado el grado de desarrollo de las diversas regiones y estados de la comunidad internacional y sus respectivas poblaciones.
7. El sistema de promesas que el constitucionalismo introdujo y cada constitución democrática establece, entraña, como clave de bóveda, una concepción finalista en la que aparece como elemento primario del bien común la perfección del hombre, sujeto dotado de dignidad personal. Esa perfección reclama, en su raíz moral, una conducta justa de tal modo que dado o reconocido el derecho estableciendo *id quod alteri debetur*, el Estado por regla constitucional es llamado a asignar efectivamente a cada uno lo suyo. Esto reclama el cumplimiento de las promesas que la Constitución establece poniéndola a cargo de aquél.
8. Se ve que en múltiples situaciones las promesas y el cumplimiento consiguiente llevan consigo su último fundamento en la moral, sin identificación o confusión con ésta, que encierra virtud, incluyendo en sí la rectitud del ánimo operante. En cambio, cuando del derecho hablamos, puede hallarse ausente el *animus* del agente.

²² Karl LOWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Colección Derrnos, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª. Ed. Marzo 1976.

²³ Demostrativo de lo expuesto es el Art. 11 de la Constitución uruguaya, según el cual “El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie puede entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo por orden expresa de juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley”.

²⁴ Renato ALESSI, La responsabilità della Pubblica Amministrazione, Milán, Ed. Giuffrè, 1955, Págs. 4 y 10.

No obstante, sería erróneo pensar que necesariamente, para el derecho, sólo cuenta la exterioridad de la conducta o debe estar ausente el ánimo del agente o que le sea totalmente irrelevante la intencionalidad de su obrar. Véase la exigencia de moralidad en la conducta de la Administración o la relevancia del *honeste vivere* –como precepto jurídico– cuando se trata de la actuación de determinados funcionarios públicos²⁵.

Las connotaciones emergentes del fundamento moral del derecho y las propias de las relaciones entre la una y el otro se destacan a la hora del cumplimiento de las promesas que la Constitución establece.

9. En suma, el reclamo de cumplimiento lleva a afirmar: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”²⁶.
10. También, entendemos, que la fórmula axiomática alcanza al ordenamiento programático que la Constitución establece disponiendo conductas cuando se configure la omisión de su cumplimiento, o por ser éste inadecuado, desproporcionado o irracional. En este sector el cumplimiento se abre al contralor jurisdiccional para la tutela judicial efectiva. Así compete al Estado obrar en cumplimiento de las promesas constitucionales, procurando que cada uno pueda obtener lo suyo, brindando seguridad²⁷. En conclusión, creemos advertir que en el ámbito del Estado democrático de Derecho, el cumplimiento de las promesas de la Constitución resulta (es) seguridad.

Santa Fe, 2 de diciembre de 2005.

²⁵ En Uruguay, Ley 17.060, de 23/11/1998, Art. 20 Inc. 1º: “Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro”.

²⁶ Constitución española, Artículo 9º 2.

²⁷ Constitución española, Art. 9º 3. Constitución uruguaya, Art. 7º.

ÉTICA, POLÍTICA Y URBANISMO⁽⁶⁾

JAIME RODRÍGUEZ – ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Coruña

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN

II.- MARCO CONSTITUCIONAL DEL URBANISMO

III.- ÉTICA, POLÍTICA Y URBANISMO: REFLEXIONES GENERALES

IV.- URBANISMO Y SENSIBILIDAD SOCIAL

V.- ÉTICA, POLÍTICA Y CORRUPCIÓN

VI.- ALGUNOS PROBLEMAS

VII.- REFLEXIÓN FINAL

I.- INTRODUCCIÓN

El título y desarrollo de la Conferencia que se me ha encargado es, sin duda, un ejercicio intelectual difícil por una parte y, por otra, no exenta de una cierta dosis del idealismo propia de las diferentes configuraciones éticas que se han alumbrado desde que el hombre es hombre, y que muchos de ellas, todavía siguen intentando fundar la acción de los hombres.

Una persona de mi formación y de mi trayectoria, profesor de Derecho Público que ha sido político y, por tanto, conoce en alguna medida la realidad del poder, sabe que la política si bien es quizás la más noble tarea a que se puede dedicar el ser humano como decían los escolásticos, también se nos presenta, en ocasiones, como una de las más terribles formas de desnaturalizar el poder público, por esencia dirigido, como nos enseñó el maestro SANTI ROMANO, al bienestar integral de la ciudadanía.

Por ello, tratar de la política desde la vertiente ética en relación con el urbanismo, se me antoja

como una tarea que, si pretende ser minimamente profunda, no se puede despachar con dos o tres tópicos o cinco frases comunes. Es menester, me parece, hacer alguna anotación sobre la relación entre Ética y Política, glosar brevemente el sentido del Poder, bien presente en el Urbanismo, en el Estado social y democrático de Derecho, para terminar analizando algunos problemas que me parecen de especial actualidad en este contexto: naturaleza jurídica del derecho de propiedad inmobiliaria, clasificación y potestad de calificación del suelo, recalificaciones, declaraciones de urgencia, modificación y suspensión de planes urbanísticos...Cuestiones todas ellas muy conectadas con el concepto del interés general y con las características que deben presidir el ejercicio de los poderes discrecionales: racionalidad y proporcionalidad como exigencias de la motivación inherente a los actos administrativos consecuencia de la discrecionalidad que, como sabemos los estudiosos del Derecho Administrativo, constituye la constatación de la relevancia de los principios generales del Derecho en su proyección sobre el entero sistema del Derecho Administrativo y, por ello, sobre el denominado Derecho Urbanístico.

⁽⁶⁾ Texto de la intervención del autor en el seminario sobre "Hacia un nuevo urbanismo" organizado por la Fundación de Estudios Inmobiliarios en Madrid en marzo de 2004.

II.- MARCO CONSTITUCIONAL DEL URBANISMO

Como profesor de Derecho Administrativo pienso que la explicación de los conceptos, categorías e instituciones del área de conocimiento jurídico a la que me dedico debe partir siempre del marco constitucional, ya que en la Norma Fundamental encontramos los criterios y principios que nos permiten entender el sentido y alcance de nuestro objeto de estudio.

En el campo de urbanismo, como ciencia de la ordenación razonable del uso del suelo en orden a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, son varios los preceptos a considerar. Su análisis nos permite, en mi opinión, encontrar la sabia, el alma de esta espinosa cuestión en la que la dimensión ética y política, complementarias, ayudan a comprender su finalidad y sentido.

Del preámbulo de la Carta Magna, destacaría la referencia al “orden económico y social justo” y “el progreso de (...) la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”. He aquí, pues, dos marcos en los que el Urbanismo debe discurrir: consideración social por un lado y, por otro, calidad de vida de las personas.

Por tanto, el aspecto social en el ejercicio de los derechos fundamentales en general, y en el de propiedad en particular, se deriva del preámbulo de la Constitución, así como de la realización de una economía que asegure a todos una digna calidad de vida. Como quiera que el proceso urbanizador está asociado a elementos económicos obvios, su funcionamiento también debe estar presidido por esta directriz constitucional de tanta relevancia como es la digna calidad de vida de los ciudadanos.

Derivación necesaria de estos dos parámetros constitucionales es el artículo 1 de nuestra Carta Magna en el que se expresan dos de los valores superiores del ordenamiento jurídico como son la libertad y la igualdad. También, desde la perspectiva de la función constitucional de los poderes públicos, no podemos olvidar que éstos, artículo 9.2, tienen la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan su plenitud, así como facilitar la participación. En el mismo sentido, el artículo 10.1 señala solemnemente que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social.

Me parece que puede ayudar a poner en suerte el tema, el reconocimiento – artículo 38 CE – de la libertad de empresa en un sistema de mercado, en el que los poderes públicos garantizan su ejercicio y la productividad en un marco de economía general y, en

su caso, de planificación. Precepto en el que, como en el preámbulo, se conjuga lo individual y lo colectivo, la libertad y la solidaridad, pienso que como realidades complementarias.

En el mismo sentido, en el artículo 33 CE, tras reconocer el derecho de propiedad, se nos dice, a continuación, que la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. El ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria está limitado, pues, por la solidaridad, por su función social, que, de acuerdo con la ley, viene concretada a través del Plan. Es decir, en pura interpretación constitucional, el Plan delimitará el contenido de un derecho, el de propiedad, que la Constitución, cómo no podía ser de otra manera, se limita a reconocer.

La hipoteca o límite social que grava el derecho de propiedad inmobiliaria aparece, igualmente, en el artículo dedicado a proclamar la existencia del derecho a una vivienda digna y adecuada, indicando que “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. “Además, se afirma que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. De nuevo, pues, el uso del suelo en conexión con el interés general y un principio de orden económico justo: la participación de la ciudadanía en el aumento de valor que trae consigo la urbanización.

El urbanismo, pues, se incardina en la economía al regular el mercado de suelo y de la vivienda, de algún modo. Por eso, también deben tenerse presente los preceptos constitucionales relativos a la economía, en los que encontramos ese dinámico equilibrio libertad económica – solidaridad social. Así, por ejemplo, debe traerse a colación el artículo 128 CE cuando dispone, en su párrafo primero, que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general. El artículo 130.1 CE encomienda, por su parte, a los Poderes públicos, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (...) a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles. Y, finalmente, el artículo 131 CE, prevee a planificación, por ley, de la actividad económica general para, entre otras finalidades, estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución.

El marco constitucional, pues, nos invita a trabajar bajo el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, metodología bien apropiada para la investigación en las Ciencias Sociales. Por supuesto que se reconoce la dimensión individual de la persona pero, a la vez, el factor social lo modula quién representa a la comunidad. Derecho de propiedad, por supuesto y, también, y en el mismo plano, fun-

ción social. El contexto constitucional me parece que es especialmente idóneo para intentar, si es posible, estudiar las relaciones entre Ética, Política y Urbanismo, aspectos de la realidad que nos desafían e invitan a construir una ciencia urbanística, un ejercicio político y una reflexión ética que coloque en el centro a la persona, en su dimensión individual y solidaria.

III.- ÉTICA, POLÍTICA Y URBANISMO: REFLEXIONES GENERALES

La relación entre Ética y Política, como es sabido, es un problema intelectual de primer orden, de gran calado¹. Desde los inicios mismos del pensamiento filosófico y a lo largo de toda la historia ha sido abordado por tratadistas de gran talla, desde las perspectivas más diversas y con conclusiones bien dispares. Y por mucho que se haya pretendido traducir algunas de ellas en formulaciones políticas concretas, la experiencia histórica ha demostrado sobradamente que ninguna puede tomarse como una solución definitiva de tan difícil cuestión.

Sin pretender entrar en el fondo de la afirmación señalaré, aún a riesgo de equivocarme, que el objetivo que toda persona debe perseguir es el bien y que esa es también la finalidad de la vida política. Una afirmación de apariencia tan genérica tiene implicaciones de orden ético y político notorias. No pretendo desvelarlas, sino tan sólo subrayar que en una sociedad democrática, liberal, ninguna idea de bien puede ser impuesta a nadie. La resolución de este problema, se haga desde presupuestos materiales o formales, es asunto que cada uno debe resolver personalmente, y por nadie podemos ser sustituidos en esa tarea.

¿Significa eso que nada podemos decir sobre el bien social, sobre el ordenamiento, la estructuración social y política que debe articular nuestra sociedad? No, en absoluto. Tenemos una concepción del hombre que, en algunas de sus líneas matrices, es coincidente para la inmensa mayoría de nuestros conciudadanos, aún cuando en su fundamentación puedan ser discrepantes. Sobre esa base, sobre ese suelo firme de nuestra común concepción del hombre (que se explicita de algún modo en la declaración de los derechos humanos), es sobre lo que puede asentarse la construcción de nuestro edificio democrático².

¹ Vid. Por ejemplo, J. CHOZA, *Ética y política: un enfoque antropológico*, en *Ética y Política en la Sociedad democrática*, Madrid, 1981, pp 17-74.

² Cfr. R. ALVIRA - N. GRIMALDI - M. HERRERO, *Sociedad civil: la democracia y su destino*: Pamplona, 1999; R.A. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, 1999; J. FHISKIN, *Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Barcelona, 1995; CB MACPHERSON, *Democratic Theory*, Oxford, 1973 y D. NORTON, *Democracy and Moral Development*, Berkeley, 1991.

El centro de la acción pública, y el urbanismo es por esencia acción pública, es la persona, los ciudadanos. La persona, el ser humano, no puede ser entendido como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones políticas. Definir a la persona como centro de la acción política significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida social.

Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción política significa, pues, en primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho como marco de libertades. Pero en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar, libremente su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano. En el caso, sin embargo, del urbanismo, el marco jurídico determina radicalmente el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria. Pero, en modo alguno lo crea, sino que lo reconoce porque es un derecho innato a la persona que el Ordenamiento no tiene más remedio que certificar, eso sí, con algunas modulaciones derivadas de la función social que le es inherente.

La racionalidad en la ordenación del suelo, que por definición es escaso, exige que los poderes públicos velen precisamente por la función social del derecho de propiedad y por la efectividad de otro derecho relevante como es el derecho a una vivienda, digna y adecuada para todos. Es decir, la función de la solidaridad, innata al ejercicio de las libertades y de los derechos en un Estado social y democrático de Derecho, debe confiarse a quienes laboran en lo común, en lo de todos, que habrán de actuar, con pleno respeto al núcleo esencial del derecho, y conscientes de su trabajo al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

La solidaridad constituye, además, la clave para comprender el alcance de la libertad, el sentido en que aquí tratamos; de libertad. Lejos de los planteamientos radicalmente individualistas, y consecuentemente de los utilitaristas, entiendo, precisamente porque afirmo la dimensión personal del individuo humano, que una concepción de la libertad que haga abstracción de la solidaridad, es antisocial y derivadamente crea condiciones de injusticia. En este sentido la libertad, siendo un bien primario, no es un bien absoluto, sino un bien condicionado por el compromiso social necesario, ineludible, para que el hom-

bre pueda realizarse plenamente como hombre. Dicho de otra manera: si puede afirmarse que el hombre es constitutivamente un ser libre, en la misma medida es constitutivamente solidario. Su gran opción moral es vivir libre y solidariamente. Ahora bien, una cosa es condicionar la libertad y otra cosa, muy distinta, que los derechos y libertades nazcan del Plan lo que, para mí, en el plano de los principios, resulta intolerable; otra cosa es que el derecho se module en su ejercicio por la dimensión pública.

La libertad de los demás, en contra del sentir de la cultura individualista, no debe tomarse como el límite de mi propia libertad. No es cierto que mi libertad termina donde comienza la libertad de los demás, como si los individuos fuéramos compartimentos estancos, islotes en el todo social. Se trata más bien de poner el acento en que un entendimiento solidario de las relaciones personales posibilita la ampliación, en cierto modo ilimitada, de nuestra libertad individual. En este sentido (y también podría hacerse esta afirmación con un fundamento utilitarista), la libertad de los demás es para mí un bien tanpreciado como mi propia libertad, no porque de la libertad de los otros dependa la mía propia, sino porque la de los otros es, de alguna manera, constitutiva de mi propia libertad.

El dilema patente que en muchos discursos se manifiesta entre libertad y solidaridad sólo tendrá cumplida solución en el ámbito personal, ya que se trata en definitiva de un dilema moral que no puede ser resuelto en el orden teórico o de los principios sino sólo en el de la acción. En el orden político, la solución es necesariamente un compromiso de equilibrio y de ponderación. Una solidaridad forzada, que ahogara el espacio real de libertad, sería tan nefasta para la vida social como una libertad expandida que no dejara márgenes a la solidaridad, o que la redujera tan solo a una solidaridad de dimensiones exclusivamente económicas. Una vez más pondremos el acento en la gente. No es una solidaridad formal, impuesta con los resortes coercitivos del Estado, lo que interesa, sino una solidaridad basada en el sentir auténtico de la inmensa mayoría de los hombres y mujeres, en el sentir de ciudadanos solidarios.

Atendiendo a las finalidades que aquí hemos señalado para la vida política habremos de convenir en que la política es una tarea ética, en cuanto se propone que el hombre, la persona, erija su propio desarrollo personal en la finalidad de su existencia, libremente, porque la libertad es la atmósfera de la vida moral. Que libremente busque sus fines, lo que no significa que gratuita o arbitrariamente los invente, libremente se comprometa en el desarrollo de la sociedad, libremente asuma su solidaridad con sus convecinados, sus vecinos.

No se trata de que desde la política deba hacerse

una propuesta ética, cerrada y completa, que dé sentido entero a la existencia humana. Lejos de cualquier propuesta comunitarista cerrada o exagerada, hay que afirmar la libertad de conciencia del individuo. Pero también, lejos de todo individualismo ingenuo o dogmático, definiendo la posición central del hombre en la tarea política. El hombre concreto, la persona en su circunstancia real, el individuo en su entorno social, el vecino, la vecina, con sus derechos, con su dignidad inalienable, sea la que fuese su posición y su situación, constituyen el metro para medir la dimensión de la acción política. En ningún sitio es más cierto que en la política que el hombre es la medida de todas las cosas, en tanto en cuanto las acciones política tienen valor en la medida en que valen para el desarrollo humano.

El solar sobre el que es posible construir la sociedad democrática es, insisto, una vez más, el de la realidad del hombre, una realidad no acabada, ni plenamente conocida, por cuanto es personalmente biográfica, y socialmente histórica, pero incoada y atisbada como una realidad entretejida de libertad y solidaridad, y destinada por tanto, desde esa plataforma sustantiva, a protagonizar su existencia.

La política no puede reducirse, pues, a la simple articulación de procedimientos, con ser éste uno de sus aspectos más fundamentales; la política debe partir de la afirmación radical de la preeminencia de la persona, y de sus derechos, a la que los poderes públicos, despejada toda tentación de despotismo o de autoritarismo, deben subordinarse³. Por eso, hay que tener mucho cuidado para evitar que, en la delimitación del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, no penetren versiones más o menos autoritarias que conviertan dicho derecho en una quimera, en pura ilusión.

La afirmación de la prioridad del hombre, de la fundamentalidad del hombre en la concepción las nuevas políticas es el elemento clave de su configuración ética. Pero hablar de configuración ética no puede entenderse como la articulación de una propuesta ética concreta, definida, que venga a constituir una especie de credo o de código de principios dogmáticos desde los que se pretenda hacer una construcción política⁴.

Precisamente un rasgo fundamental en la configuración ética de las nuevas políticas es su carácter crítico, no dogmático. Esto no quiere decir que no proponga clave alguna para la interpretación total y última de la realidad. Lejos de las ideologías cerradas, que propugnan una interpretación global y completa de todo lo real y particularmente del hombre,

³ Vid. CH. BEITZ, *Political equality*, Princeton, 1989.

⁴ Sobre este asunto vid A. ETZIONI, *The moral dimension*, New York, 1988; B. ART, *Ethics and the good life*, Berkeley, 1981.

uno de los asientos de las nuevas políticas está en el reconocimiento de la complejidad de lo real, y la fragmentariedad y limitación del conocimiento humano, tanto en lo que se refiere a la realidad como a los valores y la vida moral. No tenemos un conocimiento completo y exhaustivo de lo que las cosas son y de cómo se comportan; por mucho que haya progresado nuestro conocimiento de la condición humana, en absoluto podemos afirmar que hayamos llegado a las últimas consecuencias de lo que significa la libertad del hombre, su dignidad, sus derechos y sus deberes, los compromisos que se derivan de su misma condición.

En este sentido, me atrevo a sugerir que pensemos en nuevas fórmulas que, en ejercicio de la solidaridad y del interés general, delimiten, en lo que sea pertinente, el ejercicio del derecho de propiedad urbanística, sin que sea necesario llegar a donde hemos llegado.

Las nuevas acciones políticas, por lo tanto, no puede fundarse, como algunos pretenden que se haga, en la propuesta de soluciones definitivas, perfectamente perfiladas en los gabinetes de los ideólogos que pretenden tener la clave para la interpretación de todo acontecimiento humano. La acción política se ve orientada por grandes principios generales que en absoluto resuelven, que no dan la fórmula para la solución de problema concreto alguno. Los grandes principios generales orientan en la búsqueda de soluciones, pueden ser elementos de contraste para un juicio sobre la validez de las soluciones propuestas, pero por sí mismos no resuelven nada, porque las soluciones a los problemas concretos van a depender del juicio prudencial de quienes han de decidir. Y, en el mundo del urbanismo, plagado como sabemos de poderes discrecionales, el sentido de la prudencia, de la moderación y del equilibrio son capitales para entender, y aplicar, rectamente estas potestades públicas.

La validez de la solución aportada vendrá contrastada por la experiencia. No basta comprobar que las soluciones aplicadas están en consonancia teórica con los grandes principios que defendemos. Es necesaria la prueba última de la contrastación empírica, la comprobación de que lo resuelto, lo ejecutado, produce los efectos deseados, o al menos efectos aceptables en la mejora de la situación que se deseaba resolver. En este sentido, pues, hemos de aprender de las soluciones que dan otros países, otros Ordenamientos, para hacer compatible y complementario desde perspectivas de equilibrio el derecho de propiedad y el interés general.

Podríamos decir que la apertura a la realidad, la aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia son componentes esenciales, actitudes básicas del ta-

lante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas. En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción política. Y, en materia urbanística, ahí está todo un elenco de problemas enraizados en consideraciones éticas y políticas que, en ocasiones, ponen en peligro nada menos que el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución.

Pensar la complejidad de la realidad y acercarse a ella desde el supuesto de la propia limitación, al tiempo que acaba con todo dogmatismo, rompe también cualquier tipo de prepotencia, en el análisis o en el dictamen de soluciones, a la que el político pueda verse tentado. El político ha de tener claro que no es infalible, que sus opiniones, sus valoraciones están siempre mediatizadas por la información de que parte, que es siempre limitada, necesariamente incompleta. Y, en nuestra materia, no se debe olvidar, que el Plan, por sí mismo, no tiene efectos taumatúrgicos, sino que debe confeccionarse a partir de la participación y de aportaciones que, procediendo de la vitalidad de la realidad, enriquecen la propia norma administrativa y respeten el núcleo esencial del derecho de propiedad.

Las políticas radicalizadas, extremas, sólo se pueden ejercer desde convicciones que se alejan del ejercicio crítico de la racionalidad, es decir desde el dogmatismo que fácilmente deviene fanatismo, del tipo que sea. Pero toda acción política es relativa. El único absoluto asumible es el hombre, cada hombre, cada mujer concretos, y su dignidad. Ahora bien, en qué cosas concretas se traduzcan aquí y ahora tal condición, las exigencias que se deriven de ellas, las concreciones que deban establecerse, dependen en gran medida de ese "aquí y ahora", que es por su naturaleza misma, variable. Ahora bien, el equilibrio derecho de propiedad e interés general debe conjugarse, no sin cierto temple, al servicio de una vivienda digna y adecuada para todos los españoles y teniendo bien presente que deben evitarse, tanto las concepciones fundamentalistas del interés general, como las aproximaciones liberales extremas que expulsan de las reglas del juego al propio interés público.

Con la actitud de equilibrio quiero referirme a la atención que el político debe dirigir no a un sector, a un segmento de la población, a un grupo, por muy mayoritario que fuese, de ciudadanos, sino que el político debe tener presente la realidad social en todas sus dimensiones. Se trata de gobernar, de legislar, para todos, contando con los intereses y las necesidades de todos, y también y sobre todo con las de los que no las expresan, por cuanto entre ellos se encuentran posiblemente los que tienen más escasez

de medios o menos sensibilidad para sentir como propios los asuntos que son de todos⁵.

El equilibrio político es, pues, una exigencia y una condición de las nuevas políticas. El político no está comprometido con un segmento, ni con una mayoría por amplia que fuese, sino que lo está con todos, aunque la base social que constituye su soporte serán necesariamente los sectores más dinámicos, activos y creativos del cuerpo social.

Al hablar de las condiciones objetivas de las diversas situaciones a las que el político se enfrenta podría alguno interpretar que el político debe atender sólo a lo que podríamos llamar condiciones reales, prescindiendo de las referencias a la subjetividad, a las inclinaciones, a la conciencia de las gentes, al sentir social. Nada más lejos de lo que debe ser. El sentir social, la conciencia social, debe ser un elemento de primer orden en la consideración del político, si realmente se admite que la ciudadanía es el elemento fundamental en la articulación de la vida política. El sentir social forma parte de las condiciones objetivas, porque es un factor que actúa realmente, que gravita sobre las situaciones reales, y debe ser tenido en cuenta en su valoración.

La función social de la propiedad, por tanto, pesa lo suyo sobre la concepción de la propiedad inmobiliaria y justifica que, como dice el artículo 47 CE, la comunidad participe en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

No obstante, afirmar el protagonismo de la persona no quiere decir darle a cada individuo un papel absoluto, ni supone propugnar un desplazamiento del protagonismo ineludible y propio de los gestores democráticos de la cosa pública. Afirmar el protagonismo del individuo, de la persona, es poner el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad. Por eso, los derechos fundamentales, y el derecho de propiedad es uno de los más importantes, no son absolutos, porque existen valores superiores que ordinariamente aparecen representados por el denominado interés público que, en el caso que nos ocupa, como dispone solemnemente la Constitución de 1978 en su artículo 33.2, se centra en la "función social (...) que delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes". Por ello, me parece atinado comentar esta condición limitada, tanto de los derechos fundamentales, como del interés general en su perspectiva constitucional.

Los derechos fundamentales, es sabido, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. Las normas que lo regulan,

unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución en la que se vértebra el modelo constitucional de Sociedad⁶.

En su origen, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites frente al poder público. Es decir, «imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado»⁷. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado liberal de Derecho «en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientaba hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual»⁸. Por eso, el Derecho Público al gestionar los diferentes intereses colectivos debía contar siempre con ámbitos vedados a su actuación.

Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la clásica emancipación entre Estado y Sociedad. Ya no son, los derechos fundamentales, meras barreras a la acción de los Poderes Públicos. Todo lo contrario, se configuran como «un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos»⁹. En otras palabras, el Derecho Público del Estado Social y Democrático de Derecho debe orientarse hacia su realización efectiva. Este punto de vista explica por sí solo el profundo impacto que están sufriendo las instituciones del Derecho Público como consecuencia de la adecuada interpretación que deba hacerse de los intereses generales en cada caso. Y, en el urbanismo, el interés general debe entenderse a favor de los derechos, a favor del ejercicio de un derecho de propiedad solidario, y a favor de una vivienda digna y adecuada para todos los españoles.

El Tribunal Constitucional Español ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos «clave» del Ordenamiento jurídico. Así, por sólo citar algunos de los pronunciamientos más importantes del alto Tribunal Español, resulta que constituyen «la esencia misma del régimen constitucional»¹⁰, «son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto

⁵ Vid. J. DUNN, *Interpreting political responsibility*, Princeton, 1990.

⁶ A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1.986, p. 19.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo*, Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1.981, p. 116.

⁸ E. PÉREZ LUÑO, *Op. cit.*, p. 20.

⁹ E. PÉREZ LUÑO, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 17 de mayo de 1.983.

del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»¹¹ o, también, como ha señalado solemnemente la sentencia de 14 de julio de 1.981: «La Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto.

Afirmaciones todas ellas, que responden, desde un punto de vista objetivo, a erigir a los derechos fundamentales en elementos esenciales sobre los que debe apoyarse el ordenamiento jurídico en su conjunto¹².

Subjetivamente, los derechos fundamentales, tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social¹³.

De otra parte, conviene subrayar que la existencia de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales ayuda a entender su operatividad en el Estado Social. La vinculación de los derechos fundamentales y libertades públicas a los intereses generales entendidos con el bien general de todos precisamente garantiza su existencia¹⁴. Porque los derechos humanos, ni la libertad misma, son absolutos. De ahí, que el derecho de propiedad sea inseparable de su función social. Así, por ejemplo, la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señala que:

«Los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en los que tal previsión no existe. Sin embargo, creemos que esta observación no es decisiva. Los derechos continúan ejercitándose libremente. La libertad no resulta coartada por el

hecho de que eventuales medidas correctoras puedan ponerse en práctica, como no deja de haber realidad donde hay margen de riesgo»¹⁵

Ello porque «existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales»¹⁶. Estos límites operan, como señalaba antes, además de como elementos constitutivos del mismo derecho, como elementos de fortalecimiento. Entre otras razones porque los intereses generales se encuentran orientados precisamente hacia la consecución y hacia el efectivo reconocimiento práctico de la libertad personal de todos los ciudadanos. El bien común en cuanto expresión filosófica de esos intereses generales, es algo más que la mera suma de los bienes particulares en la medida en que debe hacer posible también, y sobre todo, el bien de cada persona. Sin embargo, hoy en día, ha cobrado una inusitada fuerza la idea, errónea, de que la libertad y los derechos humanos son valores absolutos. Esto para unos, para otros lo que es absoluto es el interés general. Pues, ni una cosa, ni la otra. Veamos.

Ni los derechos fundamentales o libertades públicas ni sus límites son absolutos. El principio constitucional de libertad y sus limitaciones precisamente se constituyen en «medios» para alcanzar el orden público y la paz social:

«...los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja una restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y la paz social» (sentencia del Tribunal Constitucional Español de 12 de diciembre de 1986).

En resumen, las limitaciones por motivos de interés público potencian todavía más el conjunto de los derechos fundamentales. De ahí que el sentido de lo que deba entenderse por interés público o general en el Estado social venga determinado, en última instancia, por una decisión firme del legislador o de la Administración en el sentido de fomentar la «liber-

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 11 de abril de 1.985.

¹² La Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 14 de julio de 1.981 señala en este sentido que los derechos fundamentales «son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad Nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho, y, mas tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)».

¹³ E. PÉREZ LUÑO, Op. cit., p. 22. En este sentido desde una perspectiva subjetiva, la citada Sentencia de 14 de julio de 1.981: «los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia.

¹⁴ Vid. también, sobre el tema la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 29 de enero de 1982 o la de 17 de febrero de 1984.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 17 de febrero de 1984.

¹⁶ Así por ejemplo D. MRONZ, *Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft*, 1933, p. 61.

tad solidaria» de los ciudadanos, o lo que es lo mismo según el artículo 10.1 CE buscar «el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás». La referencia, pues, al bien común de la Ética Social, desde el Derecho Público es clara. En realidad, la limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, asegura que se entiendan en un contexto de bien común, de bien general de todos y de cada uno.. Es decir, el bien común, al final, es el fundamento, también, del Derecho Público. Prefiero la expresión bien común, o bien general porque expresa mejor el compromiso del Estado como espacio que debe hacer posible la libre realización de la persona.

El Derecho Público, por tanto, encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales ya que como señala también el artículo 10.1 CE «la dignidad de la persona¹⁷, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Aplicando estas consideraciones al tema que nos ocupa, resulta bastante claro, me parece, que el derecho de propiedad en el Estado social y democrático de Derecho debe ser limitado, sobre todo en su perspectiva inmobiliaria, para que se pueda operar una racional política pública de uso del suelo que, además, facilite un efectivo, digno y adecuado derecho a la vivienda para todos los miembros de la comunidad. Insisto, que se delimite su contenido, su ejercicio concreto, no quiere decir, ni mucho menos, que se cercene o que se condicione su existencia como tal.

Otra cosa bien distinta reside en la discusión sobre la naturaleza y alcance de dichos límites. Es decir, tal y como se ha configurado en España, ya desde hace mucho el derecho de propiedad inmobiliaria, bien puede decirse que, en esencia, no existe este derecho como derivado de la condición humana sino que, por el contrario, está muy vinculado, quizás demasiado al Plan urbanístico. El Plan es, pues, esencial en el ejercicio de este derecho que, además, se configura gradualmente en virtud de diferentes especificaciones. En mi opinión, el Derecho español en esta materia va más allá de lo racional y exigible en virtud de un Estado social y democrático de Derecho en el que su función se extiende a la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos pues determina, no sólo las condiciones de ejercicio del derecho, sino, a veces, el derecho mismo en la medida en que sin plan no hay derecho inmobiliario. Quizás, la

salvaguarda del interés general debiera haber discursado por otros senderos. Sin embargo, la realidad normativa es la que es, y con ella hay que trabajar, guste o nó mientras sea el Derecho positivo. Otra cosa es que se postule y reclame una mera configuración jurídica de los instrumentos de delimitación social del derecho de propiedad y que se asiente, si fuera posible, un urbanismo más participativo y menos autoritario.

IV.- URBANISMO Y SENSIBILIDAD SOCIAL

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas, las actuaciones de promoción del empleo, la ordenación racional del uso del suelo, son bienes de carácter básico que todo gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado de bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural, cuando debe ser su impulsor. Además, una concepción de este tipo, en que el Estado fuese un mero suministrador de servicios, no promovería el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que conduciría más bien al establecimiento de una estructura estática que privaría al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que pueden llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad, que va más allá de subvenir a una necesidad inmediata.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con la ordenación racional del uso del suelo. En esta política pública tan relevante, me parece que lo decisivo es que la intervención pública fomente y promueve un derecho a la vivienda digno y adecuado. Es decir, el Estado debe propiciar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondi-

¹⁷ Sobre el papel de la dignidad de la persona en relación a los derechos fundamentales, vid. el libro de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid 1.986, especialmente pp. 96 y ss.

das en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa. Pero para ello, es necesario superar esa tendencia al intervencionismo que provoca la mengua de suelo para la gente a la vez que abre las puertas, en ocasiones, a una especulación que se convierte en moneda de cambio para los intereses de unos y otros.

Un planteamiento abierto y complementario permite afirmar la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos, como muchas veces sucede con las políticas asistenciales del Estado. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

En el caso de urbanismo, las instituciones públicas y los instrumentos con que cuentan deben estar siempre al servicio objetivo del interés general de forma y manera que las plusvalías que genera el proceso urbanizador repercutan en la comunidad y, además, que se consolide y mejore, en la medida de lo posible, el derecho a una vivienda digna y adecuada como reclama nuestra constitución.

V.- ÉTICA, POLÍTICA Y CORRUPCIÓN

Los códigos deontológicos se han entendido por algunos como la barrera que aleja de nosotros el peligro de la corrupción. Sin embargo los códigos deontológicos se muestran más bien como una exigencia de la transparencia democrática, como una garantía mínima en la limpieza de los comportamientos, como una objetivación pública de las actuaciones que pueden ser calificadas como éticas.

Donde la vida moral se resuelve es en la intimidad de la intención o, empleando una metáfora tradicional, en el corazón del hombre: en la intención recta y el saber. Cuántos y qué graves males son atribuibles a las buenas intenciones acompañadas de ignorancia. Cuando se juntan buena intención e ignorancia, la primera alfombra justifica el camino de despropósitos que emprende la segunda, y ésta –en su inoperancia– es incapaz de descubrir el fingimiento o la perversión de la primera.

Por tanto, la condición ética de la vida política no se dilucida en los comportamientos externos, no se reduce al seguimiento de las pautas que recogen los códigos deontológicos. Pero la dimensión pública de la vida política, la exigencia democrática de transpa-

rencia, obliga al cumplimiento exacto de esos códigos, tácitos o explícitos.

Ese es el rasero político objetivo de medición. Sin embargo, insisto en que la dimensión ética y moral de la política y de los políticos va más allá. Por eso nadie está legitimado para hacer juicios morales sobre nadie. Juzgar las conductas, que es una obligación política consustancial a las tareas públicas, no equivale a juzgar a las personas; criticar las conductas no puede confundirse con la crítica a la persona.

Con todas las matizaciones que deban hacerse, digamos que debemos dar por supuestos o inexcusables tres rasgos del comportamiento político: la eficiencia en las soluciones, el rigor –la coherencia– en el discurso y la claridad en las cuentas. Sin ellos no hay ética en la vida política. Pero la dimensión ética de la política va más allá: contribuir desde esos pilares, con inteligencia e imaginación a la mejora efectiva de los hombres, de cada hombre y de cada mujer.

Como dice un proverbio chino, el poder es el mayor enemigo de su dueño. El poder permite hacer grandes cosas por la colectividad pues, como sentenció SHAKESPEARE, “los hombres poderosos tienen manos que alcanzan lejos”. Supone una gran capacidad para mejorar la parcela de la realidad sobre la que se ejerce el poder. Al mismo tiempo, la historia nos enseña lo fácil y relativamente sencillo que es utilizar el poder sin moderación, sin equilibrio, sin sensibilidad social, sencillamente para fines torcidos.

Decía PITACO, “¿queréis conocer a un hombre?: revestidle de poder”. Y es verdad. Cuántas personas se transforman al segundo día de haber asumido el poder. ¿Por qué será?. Porque, de entrada, hace falta tener las ideas bien claras y un firme compromiso de servicio público. De lo contrario, se cumplirá lo que enseñaba el viejo HERODOTO: “dad poder al hombre más virtuoso que exista, pronto le veréis cambiar de actitud”. Me parece que se puede decir que el poder sin moderación, lleva al abuso y a la tiranía; en todo caso, a la consolidación de hábitos autoritarios.

No debe extrañar al que accede al poder, que sienta la fuerza que envuelve su ejercicio. Ahora bien, “quien todo lo puede, todo debe temer” (CORNEILLE). No está de más tener una cierta actitud de respeto al poder y saberse distanciar con sentido común. Porque un apegamiento excesivo al poder que lleva a abandonar el trato con la familia y que se convierte en una actividad obsesiva, es una enfermedad. Una enfermedad que aqueja a muchas personas que no saben prescindir del poder y que cuando les falta, quedan sumidos en una profunda depresión. ¿Por qué?. Porque se convirtió en fin lo que sólo es un medio para el bien de todos.

Por otra parte, una duración excesiva de los cargos perjudica a la sociedad. Como escribió acertada-

mente MONTESQUIEU, "EL hombre está siempre más ávido de poder a medida que lo tiene más tiempo". Es decir, quien no tiene una visión instrumental del poder, quien sueña con tener más poder, quien sólo vive para acrecentarlo y exhibirlo con ocasión o sin ella, traiciona gravemente las legítimas expectativas de los ciudadanos y puede llegar a olvidarse de los grandes bienes que se pueden conseguir a través de un recto y ordenado ejercicio del poder. "No hay que fiarse nunca de un poder demasiado grande" (TÁCITO) y no es mal asunto desconfiar del poder y siempre preguntarse, ¿esta decisión a quien beneficia?

En este sentido, son bien famosas las palabras de Lord ACTON de su carta al obispo MANDELL CREIGHTON el 5 de abril de 1887: "el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente". Sí, el poder, no puede negarlo quien lo haya ejercido o lo ejerza en la actualidad, tiende a corromper al hombre o a mejorar las condiciones de vida de la gente. Por una simple razón: o se usa para alcanzar el bien general de los ciudadanos, o se usa, más o menos disimuladamente, para el propio bien. Además, en el proceloso mundo del poder, existen grandes ocasiones para el enriquecimiento personal y para forjarse una imagen probablemente distinta de la verdad, pues como escribió REVEL, "la primera de todas las fuerzas que dirige el mundo es la mentira".

En el poder mismo y en sus aledaños vive una extraña fauna de personajes dedicados única y exclusivamente a sacar la mayor tajada a las decisiones del que manda. Normalmente, cuando hay dinero de por medio, sólo las personas con una sólida vocación de servicio público resisten la tentación del enriquecimiento fácil. Como escribió DUMAS -hijo- "el dinero es el dinero; cualquiera que sean las manos en que se encuentra. Es el único poder que no se discute nunca".

Sí, la corrupción es, sencillamente, la desnaturalización del poder. Utilizar el poder para otros fines distintos del servicio al bienestar integral de los ciudadanos. Para ganar dinero, para dominar a las personas, para excluir, etc. Y, en el mundo del urbanismo, que es un espacio de amplia discrecionalidad, no pocas veces los poderes y potestades se utilizan o para el interés particular o para el interés del partido.

Se ha dicho que la política es una de las tareas más honrosas entre aquellas a las que un hombre puede dedicarse, cuando se desempeña con esfuerzo, saber y rectitud. Es honrosa porque desde ella se dispone de la ocasión de rendir servicios de altísimo valor a nuestra sociedad.

¿Pero que reporta al político la dedicación a la cosa pública cuando se conduce así? Su mejora moral, su mejora como hombre.

No se trata de palabras huecas –es obvio que alti-

sonantes no lo son-. Si la acción pública no mejorara efectivamente al político que la ejerce como hombre, todo el discurso sobre la centralidad de la gente, de las personas, en la acción política se vendría abajo, quedaría en puro maquillaje político. En la vida moral no cabe estancarse, o se mejora o se empeora. Aguantar ya es mejorar, por cuanto el tiempo aumenta el caudal de nuestra experiencia. El político que no progresa en el terreno ético, corre el riesgo inminente –aquí, sí, pongámonos dramáticos- de corromperse. Por eso, si el político, si la política, discurre al margen de la Ética, la corrupción está servida.

El amor a la libertad, el apoyo en los demás, el compromiso solidario, el talante dialogante, la mesura, la atención a la realidad social..., engrandecen y fortalecen el ánimo del político. Las dificultades del entendimiento y -digámoslo también- las trampas de que está sembrada la cancha pública, lo mantienen alerta y aguzan su inteligencia. Los reveses –hay que contar con ellos, a diario, y en los diarios- lo templan.

Si en la dureza de la dedicación pública el político sabe preservarse del escepticismo y del cinismo, de la indiferencia o de la frialdad, del pragmatismo interesado y del sectarismo, y si sabe mantener viva su determinación en la mejora de las condiciones de vida –no sólo materiales, humanas- de sus conciudadanos, estará en condiciones de triunfar en la vida política, sobre todo en el momento que algunos consideran como el del fracaso –el político de valía sabe convertirlo en un éxito-, y que a todos llega, el de la retirada. En la dedicación política, sea fugaz o prolongada, la dignidad personal es el mejor timbre. Y en la dignidad del hombre público brilla la dignidad de sus conciudadanos. Por eso su talla moral es el mejor tributo que puede prestarles.

Y, en el terreno del urbanismo, si se consigue, como dispone nuestra Constitución, que la comunidad participe en las plusvalías y que todos los españoles dispongamos de una vivienda digna y adecuada, entonces ha merecido la pena la tarea.

VI.- ALGUNOS PROBLEMAS.

La realidad, valga la redundancia, es la que es. Probablemente, nos gustaría que fueran de otra manera pero, las cosas son como son, eso sí, con la aspiración de que sean como deben ser.

No quisiera, ni mucho menos, concitar el desánimo y el pesimismo en esta intervención. Pero hemos de reconocer que en un mundo movido por el dinero, el poder y la notoriedad, no es fácil ni sencillo llamar a las cosas por su nombre, máxime cuando la dictadura de la apariencia y el dominio de lo políticamente correcto campan a sus anchas sin que, salvo

algunas honrosas y honorables excepciones, se denuncie esa distancia, a veces tan larga, entre lo que las cosas son y lo que las cosas deben ser.

Como marco general para entender el sentido del urbanismo, hemos de convenir, si es posible, que el urbanismo como ciencia que estudia la ordenación racional del suelo, está al servicio, como es lógico, de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos que, en el caso que nos ocupa, tiene que ver con una vivienda digna y adecuada y con entornos de calidad que favorezcan el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Es decir, hay que construir el urbanismo en función de las personas, de sus necesidades colectivas y no en función de las técnicas o de los gustos o caprichos de los especialistas. En otras palabras, en los expedientes administrativos relacionados con el urbanismo es menester vislumbrar y calibrar el alcance de las decisiones, insisto, para la calidad de vida de las personas.

En otro orden de cuestiones, no se puede perder de vista, como ya se ha señalado con anterioridad, que el urbanismo debe considerarse desde una perspectiva amplia y, por ello, en íntima conexión con otros enfoques como la ecología o la ordenación del territorio. En esencia, el suelo, el medio ambiente y, al final, el territorio en el que se inscriben, deben ser funciones humanizadoras de la realidad. Ni la pre-ocupación por el medio ambiente debe tildarse de frivolidad o de lujo, ni la consideración integral del territorio debe calificarse de pura erudición intelectual. Todo lo contrario, se trata de elementos vinculados al urbanismo que, pueden o no mejorar las condiciones y la calidad de vida de las personas.

Desde esta aproximación equilibrada, abierta, plural, dinámica y complementaria, también debe señalarse que, el urbanismo ni es la encarnación del ideal ético como tarea pública ni encuentra su plena realización en un mercado sin límites o condiciones. El derecho de propiedad inmobiliario como ha señalado el Tribunal Constitucional, debe ser reconocible como tal aunque deba ser regulado en su ejercicio por el Plan Urbanístico. Ni nace del Plan ni el Plan lo determina radicalmente. El Plan es, o debería ser, el instrumento para que el derecho de propiedad cumpla su función social y, por tanto, promueva viviendas dignas y adecuados para todos.

En este sentido, si la urbanización produjera ganancias desproporcionadas a partir de la especulación o de unas plusvalías que quedasen en unas pocas manos, estaríamos precisamente en un supuesto que atenta a la Ética y, además, al artículo 47 de la Constitución.

Hoy, 2004, la normativa urbanística en vigor parte del ideal desregulador o liberalizador. En principio, el mercado puede ser, con los ajustes necesarios,

el marco idóneo para el ejercicio del tráfico comercial. Ahora bien, insisto en algo ya referido, no comprendo la libertad sin la solidaridad, por lo que la desregulación o liberalización debe realizarse en un marco de sensibilidad social que promueva el bienestar general e integral de los ciudadanos.

Quizás, el legislador de 1998 pensó que el mercado del suelo o de la vivienda respondía a los estímulos ordinarios. Y no, la verdad es que ni el precio del suelo o de la vivienda han bajado. Más bien, han subido hasta límites que, hemos de confesarlo, hacen prácticamente imposible tantas veces que los matrimonios jóvenes puedan tener hijos por problemas obvios de espacio, dados los precios actuales.

Otro problema, no menor, es el del planeamiento urbanístico, en la medida en que se trata de una potestad discrecional de gran calado que ordena el uso del suelo, y, por tanto, incide en el ejercicio del derecho de los propietarios. El Plan General ordinariamente clasifica el suelo y los parciales asignan usos o califican el destino de los terrenos. Aunque ahora el suelo urbanizable es el residual, el que no es urbano o no urbanizable, no deja de seguir teniendo la Administración un poder amplio para hacer la calificación que sea menester. Y sabemos que en el ejercicio de la discrecionalidad en ocasiones, por causas inconfesables, se incurre tanto en arbitrariedad, desviación de poder o ejercicio no razonable o no proporcionado. En estos casos, además de que pueda haber una transgresión del orden jurídico, desde luego hay una transgresión ética.

En el mismo sentido, también puede haber problemas en los casos de retraso en la completa determinación del uso, en las variaciones y modificaciones de los planes o en la espinosa cuestión de las recalificaciones.

Como ha señalado MEILÁN GIL, en esta materia ha de actuarse sirviendo el interés general, pero también es cierto que en esa apreciación del interés general el fin no lo es todo. El Estado de Derecho, señala MEILÁN, se juzga por los medios, no por el fin. De ahí que principios como el de proporcionalidad, de "coste y beneficio", o racionalidad sean un límite infranqueable para la potestad del planeamiento.

Para ello, cada vez siendo más importante ponderar y calibrar las diversas circunstancias en juego porque, en ocasiones, la recurrente apelación al "interés general" no cumple la función de "manta que cubre todo" señala el profesor MEILÁN. Sobre todo en un campo de juego en el que el tráfico de informaciones privilegiadas permite obtener pingües beneficios. La Ética, pues, nos ayuda a calificar estas actividades y a censurar el manejo privado de lo colectivo para obtener ventajas económicas.

Que esto haya ocurrido, ocurra o siga ocurriendo en modo alguno debe rebajar el tono del reproche

ético, porque no es de recibo, ni mucho menos, el vale todo o el todo tiene un precio, tan en boga en determinados ambientes en los que está "bien visto" la permisividad o tolerancia ante las enriquecimientos rápidos y especulativos en los que las plusvalías son más contables que representación real de riqueza, sobre todo cuando estas operaciones cercanan el acceso a la vivienda necesaria, digna y adecuada, para el libre desarrollo de las personas, y de las familias muy especialmente.

Aunque la ley de 1998 dispuso la derogación de la legislación de 1992, no está claro, tras la revolucionaria sentencia del Tribunal Constitucional, que algunas Comunidades Autónomas no puedan seguir actuando en el marco jurídico de 1992. Por eso, hemos de preguntarnos, como se pregunta el profesor MEILÁN GIL, hasta que punto todas las facultades de la propiedad inmobiliaria han de derivar del planeamiento urbanístico, hasta que punto la función social de la sociedad justifica que la propiedad, desde el punto de vista del urbanismo, debe ser vista como el deber de incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento. En este contexto legal, contrasta, y no poco, el efecto automático en la no adquisición de facultades para el incumplimiento de los plazos legales establecidos, con la ausencia de consecuencias jurídicas por la inactividad de la propia Administración.

También suele traer problemas, y no pequeños, el llamado urbanismo concertado, que encuentra en los denominados convenios urbanísticos su instrumento más utilizado. Porque, como también ha señalado MEILÁN GIL, no se puede comprar y vender edificabilidad, es decir, no parece correcto planificar en función de lo que se conviene, sino lo que conviene al interés general.

Igualmente, las transferencias de aprovechamiento urbanístico pueden dar lugar a un "mercado ideal" no justificable desde la perspectiva del Estado de Derecho, como consecuencia de una presión indebida por la Administración o de una connivencia admitida por ella y por los particulares (MEILÁN GIL). Connivencia en la que hasta podrían participar los técnicos, por ejemplo, en las declaraciones de ruina. En este punto nos podemos preguntar por algunas esquinas del centro de las ciudades que, tras ser declaradas ruinosas, aparecen al poco tiempo construidas con mayor volumen.

Los casos de expropiaciones urbanísticas, declaraciones de ruina, uso y manejo de la ejecutividad de

los actos administrativos a favor de posiciones políticas en el ámbito local aunque perjudiquen económicamente al particular, son otros tantos botones de nuestra de cómo el ejercicio de los poderes públicos pueden cercenar las más elementales exigencias exigencias éticas.

VII.- REFLEXIÓN FINAL

La Política, con mayúsculas, entendida como el arte de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos tiene una evidente vinculación ética en la medida en que si no se contempla esta dimensión, entonces está servida la exclusión, la laminación del adversario, la conservación del poder a cualquier precio y toda clase de tropelias en que suele caerse cuando Ética y Política viven al margen la una de la otra.

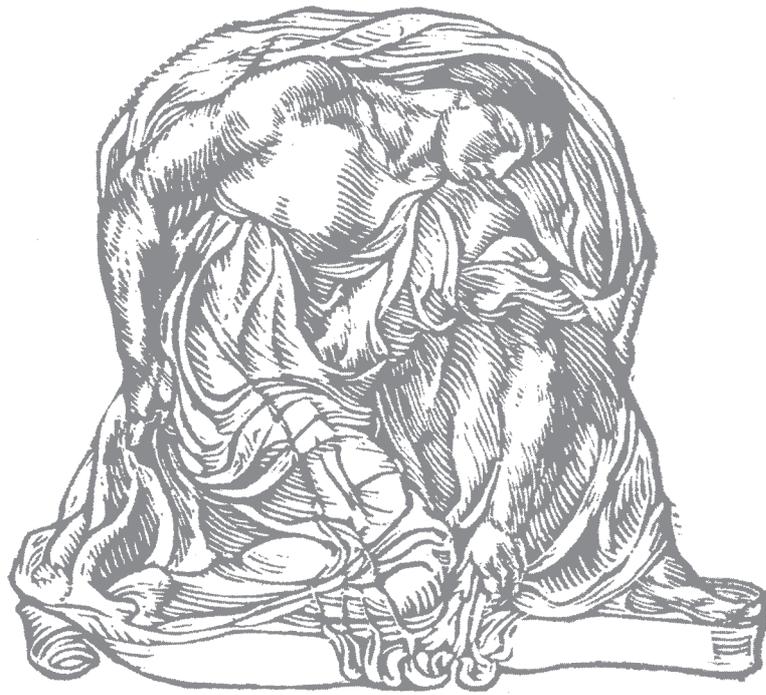
Pienso que la Ética, como adecuación del comportamiento a las exigencias de la recta razón, en el ámbito político, plantea desafíos muy importantes que, además, en el contexto en el que estamos, tiene evidentes consecuencias.

Muchas veces se escuchan voces que responsabilizan de lo que pasa realmente a los políticos cuando, para bien o para mal, la política es un reflejo de la realidad social.

El urbanismo plural, abierto y dinámico y complementario facilita viviendas dignas y adecuadas para el libre desarrollo de las personas, contribuye a que la comunidad participe en las plusvalías, fomenta un medio ambiente razonable; en definitiva, hace posible lo que he denominado libertad solidaria. Y, sobre todo, respeto al derecho de la propiedad que, con una inteligente y razonable regulación resplandecería más, también en su vertiente solidaria.

El urbanismo, como ciencia de la ordenación racional del suelo tiene, igualmente, evidentes exigencias éticas que, sobre todo, se refieren a construir un urbanismo pensando en las personas, pensando en ciudades que facilitan la vida de los vecinos. Para ello es menester que nos instalemos en un marco de pensamiento complementario y que evitemos versiones unilaterales que hagan de la estructura lo determinante. Siempre, ya termino, debe estar presente en la decisión, pública o privada, la mejora de las condiciones de vida de los vecinos.

Este es un gran reto, en el que la Política, la Ética y el Urbanismo deben ir de la mano buscando soluciones, que las hay.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Bugallo, Beatriz -*
- *Loiza Keel, Carlos - "La jurisprudencia constitucional en material tributaria y la legitimidad del sistema democrático"*



SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA N.º 17/2006

DOCTOR PABLO TROISE ROSSI

MINISTRO REDACTOR

Montevideo, 10 de febrero de 2006

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados...S.A. C/ ESTADO – PODER LEGISLATIVO – ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 7 DE LA LEY N° 16.624, ART. 2 DE LA LEY N° 17.741, FICHA 1-34/2004.

RESULTANDO:

I. Que la accionante, señalando su interés directo, personal y legítimo, promovió la declaración de inconstitucionalidad impugnando el art. 7 de la Ley N° 16.624 y el art. 2 de la Ley N° 17.741 (impuesto a los espectáculos musicales y teatrales), al entender que los mismos vulnerarían lo dispuesto por los arts. 297 y 298 de la Constitución Nacional.

En lo sustancial sostiene que dichas disposiciones serían incompatibles con el principio constitucional de no superposición impositiva, resultante de las antedichas normas constitucionales, en cuyo mérito no es posible gravar con tributos nacionales fuentes ya gravadas por tributos departamentales y viceversa (fs. 2-16).

I. A fs. 19/24 al evacuar el traslado, el representante del Poder Legislativo expresó que las prestaciones previstas en los preceptos impugnados no constituyen “impuestos” y, en consecuencia no son inconstitucionales.

II. Se cursó vista al Fiscal de Corte a fs. 28, quien estimó que procede el rechazo del accionamiento incoado.

Y pasados a Estudio, se Acordó sentencia en mayoría, con la discordia que ha de incluirse.

CONSIDERANDO:

I. Que ha de desestimarse –en mayoría- la acción de inconstitucionalidad planteada, sin especial condena-
ción.

II. Se ha entendido en mayoría que un primer aspecto que corresponde analizar es la naturaleza jurídica de los organismos beneficiarios de los tributos creados por la Ley.

Si se examina el articulado de la Ley N° 16.624, surge que se trata de una persona de derecho público no estatal (arts. 1,2,3,4,7,8,10,12,13 de la Ley y 11 y ss. del Derecho Reglamentario N°362/96); consideraciones que resultan extensibles al Fondo Nacional de Teatro creado por la Ley N° 16.297.

Corresponde señalar asimismo que la propia actora reconoce la naturaleza jurídica de la Comisión del Fondo Nacional de Música y del Fondo Nacional de Teatro cuando a fs. 3 afirma: “Nos inclinamos a pensar que estas entidades pertenecen a la categoría de las personas públicas no estatales, pues presentan casi todos los caracteres...que las distinguen”.

En función de ello, si el art. 10 del C.T. define tributo como “...la prestación pecuniaria que el Estado exige, en ejercicio de su poder de imperio, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines...”,

cabe afirmar que en lo que respecta a los sujetos de la relación, el Estado es el único sujeto activo. Quedan, pues, fuera del ámbito de esta rama, aquellas prestaciones que tienen las mismas características jurídicas que los tributos, pero cuyo acreedor es una persona de derecho público no estatal (v. VALDÉS COSTA y CASSINELLI MUÑOZ, "Instituciones de Derecho Tributario", p.1, cit. En Sent. Suprema Corte de Justicia N.º 125/00).

En este sentido, debe advertirse además que el art. 2º de la Ley N.º 16.624 estableció que el aporte sería recaudado y fiscalizado por la Comisión Administradora del Fondo de Música, y el art. 2º de la Ley N.º 16.297 dispuso lo propio con relación a la Comisión del Fondo Nacional de Teatro por lo que en realidad la naturaleza jurídica del aporte creado por las disposiciones impugnadas pertenece a una categoría diversa de los tributos recaudados por los organismos estatales.

III. En consecuencia, tales aportes deben ser considerados como ingresos "parafiscales" o "para-tributarios", en el entendido que si bien gravan actividades que no son desarrolladas por el Estado, tampoco pueden ser consideradas como privadas, atento al cumplimiento de fines generales y de utilidad pública.

Así, y armonizando ambos aspectos, debe concluirse que el legislador no creó un impuesto sino una prestación específica a favor de un ente paraestatal, extremo que no colide con el texto del art. 297 de la Constitución.

En puridad, no nos encontramos frente a una especie tributaria que sea recaudada por el Estado, por lo que no se configura una superposición impositiva en tanto la misma tiene la naturaleza jurídica de "prestación legal de carácter pecuniario" (art. 1 C.T.).

IV. Corporación ha sostenido antes de ahora que si no se está ante una especie tributaria que sea recaudada por el Estado no podría darse un supuesto de superposición.

No hay, en la interpretación que se apoya, una doble imposición: uno es un impuesto y el otro, en cambio, "prestación legal de carácter pecuniario" (C.T., art. 1, inc. 1º, segundo párrafo) (v. Sents. Nos. 55/93 y 125/00).

En tanto las prestaciones de carácter pecuniario establecidas a favor de personas de derechos públicos no estatales no están legalmente definidas como tributos exigidos por el Estado y destinados a ellas, sino que aparecen insertas en la relación jurídica como sujetos activos, tienen naturaleza legalmente distinta a la de los tributos definidos en el C.T. (arts. 1 y 10), lo que surge de la redacción de las propias normas.

No obstante aplicársele sus disposiciones, el concepto de "tributo" no comprende según nuestra legislación a las "prestaciones legales pecuniarias" cuyo acreedor es una persona pública no estatal (v. CASSINELLI MUÑOZ, "Aplicabilidad del Código Tributario a las personas públicas no estatales", Revista Tributaria, setiembre/octubre 2000, T. XXVII, N.º 158, págs. 645 y ss.).

Por tales fundamentos y las normas que se incluyeron, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría,

FALLA:

DESESTÍMASE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

Y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

Dr. Daniel GUTIÉRREZ PROTO (Ministro de la S.C. de J.); Dr. Roberto J. PARGA LISTA (Ministro de la S.C. de J.); Dr. Hipólito RODRÍGUEZ CAORSI (Presidente de la S.C. de J.); Dr. Pablo TROISE ROSSI (Ministro de la S.C. de J.).

Dr. Leslie A. VAN ROMPAEY Ministro de la S.C. de J. Discorde por entender que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida declarando inaplicable al accionante el art. 7 de la Ley N.º 16.624 y art. 2 de la Ley N.º 17.741.

1. A mi juicio la sola circunstancia de que los sujetos beneficiarios de las prestaciones pecuniarias impuestas por las leyes cuestionadas en autos no revistan la calidad de personas jurídicas estatales, no determina por sí sola el rechazo del accionamiento.

Y ello por cuanto, debe tenerse en cuenta que tal como lo sostiene Cassinelli Muñoz: "...si se admite...la legitimidad constitucional de las personas públicas no estatales, necesitamos automáticamente admitir el principio de que estas personas no pueden utilizarse como medio de disminuir las garantías de los interesados que tienen su origen en la Constitución, y que existirían si la competencia hubiera sido atribuida a una persona pública estatal..." ("Las personas públicas no estatales y la Constitución", Revista de Derecho Público, número 1, año 92, p.14).

2. Así las cosas, considero que si al legislador nacional le está vedado gravar las fuentes previstas por el art. 297 nral. 6º -por constituir ésta una fuente exclusiva de los gobiernos departamentales- creando en relación a las mismas impuestos cuyo sujeto activo sea una entidad estatal, tampoco puede admitirse que se graven las referidas fuentes aun cuando el sujeto activo del gravamen no sea una entidad estatal.

Nótese que de aceptarse tal posibilidad, a través de la creación de personas de derecho público no estatal podrían gravarse por el legislador nacional -sin problema alguno- todas las fuentes enumeradas en el art. 297 de la C.N., solución ésta que no parece ajustada ni a la finalidad ni al fundamento de los arts. 297 y 298 de la C.N.

3. Y bien, en función de lo expuesto, constituyendo la realización de espectáculos públicos una fuente propia de los Gobiernos Departamentales, no podía el legislador nacional gravar la referida fuente, y al haberlo hecho vulneró el art. 297 de la C.N.

La jurisprudencia constitucional en materia tributaria y la legitimidad del sistema democrático

1.El objeto de la sentencia comentada

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia que se comenta, admitió la constitucionalidad de una prestación coactiva que tiene como sujeto activo a una persona pública no estatal, y como hecho generador la realización de un espectáculo público, el llamado aporte al Fondo Nacional de Música (art. 7 de la Ley N.º 16.624, de 10 de noviembre de 1994, modificado por el art. 2º de la Ley N.º 17.801, de 4 de agosto de 2004)¹.

La impugnación se fundó en la violación del art. 297 de la Constitución, que prescribe taxativamente un número de fuentes sobre las cuales los Gobiernos Departamentales pueden crear impuestos, entre las que se encuentran “*los espectáculos públicos*” (art. 297 nal. 6º). Según el accionante, la ley que creó el aporte al Fondo Nacional de Música es inconstitucional por invadir una fuente asignada por la Constitución a los Gobiernos Departamentales.

Para comprender la pretensión de inconstitucionalidad deducida, y poder luego considerarla con espíritu crítico, resulta imprescindible explicar algunos aspectos del sistema tributario uruguayo, estructurado en la propia Constitución, e interpretado por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

En primer lugar, debe reconocerse que en el Uruguay la potestad tributaria se encuentra territorialmente descentralizada. Los Gobiernos Departamentales poseen fuentes de ingresos propias, autónomas y originarias, y pueden crear tributos en ciertas condiciones². Poseen una facultad ilimitada para crear tasas por la utilización, aprovechamiento o beneficio obtenido por servicios prestados por los propios Gobiernos Departamentales, así como para crear contribuciones por mejoras a inmuebles beneficiados por obras públicas departamentales (art. 297, nales. 4º y 5º). Poseen también la facultad de crear impuestos, aunque exclusivamente sobre una serie de fuentes asignadas por la propia Constitución (art. 297, nales. 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 9º)³.

En segundo lugar, es necesario advertir que esta potestad departamental es originaria, exclusiva y excluyente. El art. 297 de la Constitución, al establecer taxativamente fuentes sobre las cuales los Gobiernos Departamentales pueden crear impuestos, opera en un doble sentido. Por un lado, supone un *numerus clausus* para la creación de impuestos por parte de los Gobiernos Departamentales, con el objeto de restringir el ejercicio de su potestad respecto de esta especie de tributo⁴. Por otro lado, supone un límite para el Gobierno Nacional, puesto que sobre estas fuentes reservadas constitucionalmente a los Gobiernos Departamentales no puede crear impuestos (fenómeno conocido como “prohibición de superposición impositiva”). Este segundo efecto deriva de las ya mencionadas características de la potestad tributaria departamental (originaria, exclusiva y excluyente), propuestas por la doctrina en base a la hermenéutica sistemática de distintas normas constitucionales⁵, y recibidas sin vacilación por la jurisprudencia de nuestra Corte⁶.

¹ Publicada en Revista Tributaria N.º 192, p. 407 y ss. La Corte había fallado en forma coincidente en anteriores oportunidades, v. gr. en la Sentencia N.º 125/2000, publicada en Revista Tributaria N.º 156, p. 347 y ss.

² Vide RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo, “La potestad tributaria de los gobiernos departamentales”, FCU, Montevideo, 1999. Si bien esta circunstancia sufrió variaciones en la evolución histórica de nuestro orden constitucional, se ha consolidado en la forma actualmente vigente en la Constitución de 1952, apenas modificada en 1966 (op. cit., p. 45 y ss.).

³ Sobre las características de la potestad tributaria departamental vide RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo, op. cit., pp. 51 a 67.

⁴ Dado que se caracteriza por la absoluta desvinculación de una prestación a cargo del Estado, a diferencia de lo que sucede en la tasa y la contribución especial. Es claro que la creación de impuestos ha sido históricamente para los Gobiernos Departamentales un tema crítico, razón por la cual nuestra evolución constitucional terminó adoptando un modelo de autonomía limitada para la creación de impuestos, e ilimitada para tasas y contribuciones especiales, puesto que en estas especies los Gobiernos Departamentales poseen el límite natural de sus contornos jurídicos, que implican la necesaria vinculación con una actividad a cargo del propio departamento. Vide RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo, op. cit., pp. 21-50.

⁵ Como el art. 298, que faculta a la ley nacional a extender las fuentes departamentales, pero “*sin incurrir en superposiciones impositivas*”, o el mismo art. 297 nal. 1º, que expresamente faculta al Gobierno Nacional a crear impuestos adicionales sobre una fuente departamental,

En tercer lugar, es preciso aclarar que, en principio, la mencionada prohibición de superposición impositiva por invasión de la esfera departamental, rige solamente respecto de las prestaciones coactivas tributarias. Esto significa que no se aplica, desde una perspectiva formal que en este mismo comentario se cuestiona, para las prestaciones coactivas que tienen como sujeto activo a personas que no integran el plexo estatal o Estado *lato sensu*, de conformidad con la caracterización legal y doctrinaria del ingreso financiero conocido como tributo⁷.

Por consiguiente, tomando como presupuestos del razonamiento a los tres aspectos del sistema tributario uruguayo antes reseñados, resulta posible comprender la inteligencia de la Corte en el caso concreto. Aún aceptando que en nuestro país los Gobiernos Departamentales poseen un número de fuentes reservadas exclusivamente a su poder de imposición, y que el aporte al Fondo Nacional de Música recae sobre una de ellas, los espectáculos públicos, no es posible considerar que la ley que lo crea es inconstitucional, habida cuenta de que la Constitución prohíbe que la esfera departamental sea invadida por *tributos*, y este aporte no lo es.

2. La posición de la Suprema Corte de Justicia

Si bien, como se expuso, la conceptualización de la Corte es técnica y formalmente inobjetable, merece un análisis crítico desde una perspectiva sustancial y, por sobre todo, desde una visión teleológica del sistema democrático constitucional.

El sistema tributario estructurado en nuestra Constitución no busca simplemente que el Gobierno Nacional evite sancionar impuestos sobre fuentes departamentales, sino que pretende impedir que cree cualquier ingreso coactivo para financiar actividades o políticas estatales nacionales sobre las fuentes asignadas constitucionalmente a los departamentos, como se explica a continuación⁸.

Aun cuando las prestaciones coactivas en favor de personas públicas no estatales no tienen como sujeto activo a entidades estatales, es indudable que participen de las características esenciales de los tributos (coactividad, creación por ley, carácter pecuniario).

Este trabajo no trata sin embargo de ingresar en el análisis de la naturaleza de las prestaciones pecuniarias que tienen a personas públicas no estatales como sujetos activos, cuestión que ha sido considerada recientemente por nuestra doctrina en cuanto a la aplicación del principio de legalidad⁹. Para los fines de este trabajo, basta con destacar que la diferencia fundamental de los tributos y las prestaciones coactivas en favor de personas públicas no estatales, que la propia Suprema Corte de Justicia recoge para discernir la constitucionalidad de la ley impugnada, es la *identidad de su sujeto activo*, puesto que en ambos casos nos encontramos frente a prestaciones pecuniarias exigidas en forma coactiva y, respetando el art. 10 de la Constitución, creadas naturalmente por acto legislativo. Esta diferencia, según la doctrina más calificada, se asocia necesariamente con el propósito de los tributos: el financiamiento de actividades estatales¹⁰.

Y aquí se evidencia el problema de una interpretación formal como la propuesta en el caso por la Suprema Corte de Justicia, con excepción del Ministro disidente, el Dr. VAN ROMPAEY.

La finalidad y fisonomía de las personas públicas no estatales ha variado sustancialmente desde sus orígenes al presente. Esta heterogeneidad suscitó incluso un replanteamiento de los elementos esenciales de las personas públicas no estatales por parte de la más prestigiosa doctrina publicista¹¹, que reconoció el advenimiento de una nueva categoría de personas públicas no estatales: "*las personas públicas no estatales*

estableciendo para ello límites. Vide JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, "La Constitución de 1952", tomo IV, p. 159; RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo, op. cit., pp. 188 y 189.

⁶ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 55/1993 y 25/1995 (la última publicada en Revista Tributaria N.º 131, p. 167 y ss).

⁷ Art. 10 del Código Tributario. Vide VALDÉS COSTA, "Curso de Derecho Tributario", Depalma-Temis-Marcial Pons, Buenos Aires-Bogotá-Madrid, 1996, p. 74, 75 y 309; BLANCO, Andrés, "Tributos y Precios Públicos", FCU, Montevideo, 2005, pp. 66-70.

⁸ Vide RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo, op. cit., pp. 12, 13, 45-50. En rigor, y como sostiene el mismo autor, la prohibición de sobreimposición busca impedir que "un mismo hecho generador [sea] gravado en forma concurrente, acentuando la presión fiscal sobre idéntica manifestación de capacidad contributiva" (p. 188).

⁹ Vide el excelente estudio de BERGSTEIN, Jonás, "Los paratributos, ¿existen? Algunas reflexiones sobre los paratributos, su régimen jurídico y el principio de legalidad", en Revista Tributaria N.º 192, p. 331 y ss.

¹⁰ BLANCO, Andrés, recibiendo la doctrina de VALDÉS COSTA, explica la necesidad de que el tributo tenga como sujeto activo al Estado por la finalidad de este ingreso. Dado que el propósito del tributo es financiar actividades estatales, sólo cabe que su sujeto activo sea una entidad también estatal (op. cit., p. 68).

¹¹ CAGNONI, José Aníbal, "Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales", en Revista de Derecho Público, N.º 1, FCU, Montevideo, 1992, p. 27 y ss.

*ejecutoras de la política del Poder Ejecutivo*¹². Al decir de CAGNONI, la definición de personas públicas no estatales inaugurada por SAYAGUÉS LASO se ha visto excedida por una nueva realidad, curiosa y sintomática, en la que *“parece claro que hay una transformación de organismos u órganos del Estado en personas públicas no estatales”*¹³.

Lo dicho implica que hayan proliferado muchas personas públicas no estatales que cumplen actividades ontológicamente estatales, extraídas por motivos ajenos a su verdadera naturaleza pública. Las prestaciones coactivas en favor de estas personas públicas no estatales, con independencia de los demás elementos comunes con los tributos, financian actividades que naturalmente corresponden al Estado, aunque se hayan extraído de la estructura estatal. No caben dudas acerca de que esta *“desestatalización”* es sobre todo un juego semántico, ya que en rigor es el mismo Gobierno Nacional, a través de un acto legislativo nacional, quien crea estas personas públicas no estatales, regidas por el derecho público, les asigna luego cometidos que originalmente desarrollaba el propio Estado, y les confiere finalmente recursos coactivos para financiar esos cometidos¹⁴.

La circunstancia antes indicada llevó a que la mejor doctrina advirtiera sobre el peligro ínsito en la creación de personas públicas para eludir garantías o fines consagrados constitucionalmente. En estos casos, el Gobierno Nacional puede acudir a la ley ordinaria para extraer del Estado cierta actividad, logrando de esa manera que una actividad naturalmente alcanzada por ciertos preceptos constitucionales termine eludiéndolos elípticamente¹⁵. Este es el mismo peligro que fundamenta la discordia de la sentencia comentada.

En consecuencia, si admitimos que el orden tributario constitucional estructura un equilibrio racional de potestades tributarias para asegurar la autonomía y exclusividad de los departamentos sobre determinadas fuentes, de manera de que el Gobierno Nacional no las invada creando ingresos coactivos para financiar actividades estatales nacionales, debería también concluirse que la violación sustancial del art. 297 no solo puede verificarse por la sanción de impuestos propiamente dichos sobre dichas fuentes. Esta lesión de la Constitución también puede provocarse por la creación de prestaciones coactivas que tengan como sujeto activo a una persona pública no estatal, siempre que ésta cumpla con fines y actividades ontológicamente estatales. Lo contrario podría hacer realidad el temor manifestado por la doctrina, un fenómeno inusual y no deseado que podría calificarse como *“fraude a la Constitución”*.

3. La importancia de la jurisprudencia constitucional en el sistema democrático

En el capítulo anterior se describió el peligro que trae consigo la utilización de mecanismos legislativos para eludir el espíritu de la Constitución. Pero nada impide realmente que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo acudan a estos mecanismos, si de esa forma logran ampliar las fuentes de financiamiento para el cumplimiento de sus fines, sobre todo teniendo en cuenta que *a priori* sus propósitos inmediatos pueden y deben ser loables. No son estos conjuntos orgánicos los que deben autolimitarse, aunque sería deseable que lo hicieran, pues no están estimulados a hacerlo. No deberían tener interés en no invadir la esfera reservada a los Gobiernos Departamentales, especialmente si la jurisdicción no se encarga de educarlos.

El Poder Judicial uruguayo posee un merecido e invalorable prestigio internacional, y tiene la responsabilidad fundamental de conservar la legitimidad democrática del sistema, asegurando el respeto de la Constitución.

La evolución política de nuestras sociedades ha alcanzado la consagración del llamado Estado Constitu-

¹² *Ibidem*, p. 33.

¹³ *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴ SARLO, Oscar: *“Acerca de la posibilidad de mentir en el discurso jurídico”*, en Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho: Filosofía del Derecho. Aportes actuales, Cuaderno No. 19 de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, FCU, Montevideo, 1993, pp. 52-61.

¹⁵ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *“Las personas públicas no estatales y la Constitución”*, en Revista de Derecho Público, cit., p. 14. El eximio constitucionalista es meridiano cuando admite que *“ha sido bastante corriente en la esfera uruguaya que un servicio esté a cargo, en una época, de personas estatales, y en otra época de personas no estatales. Cuando está a cargo de personas estatales –por ejemplo un ente autónomo o un servicio descentralizado–, la organización administrativa de ese servicio está regulada por la Constitución, con una serie de normas que son garantías de coordinación política con el Poder Ejecutivo, de democracia, y también garantías sobre su personal”*, para luego sostener que *“si mediante una simple ley ordinaria se puede transformar esa institución de Derecho Público estatal en una institución de Derecho Público no estatal, automáticamente quedarían sin aplicación una serie de normas que, por tener valor de garantía, son importantes”*, planteándose finalmente si *“¿no habremos descubierto una fórmula legislativa ordinaria para evitar la aplicación de garantías constitucionales?”*

cional de Derecho, en el cual el principio de legalidad se profundiza en el de juridicidad y respeto de la Constitución, y en el que los jueces deben hacer valer la Constitución en detrimento de la ley¹⁶.

Este rol de la jurisdicción ha sido considerado por la filosofía política contemporánea no solamente como condición de eficacia de normas concretas, sino como verdadera condición general de legitimidad de todo el sistema democrático¹⁷, manifiesta en el respeto de los procedimientos jurídicos de producción de normas y en la racionalidad de las decisiones y opiniones de la doctrina y los jueces¹⁸.

A modo de conclusión, aunque sin el objeto de agotar el punto, sino en todo caso de servir de aliciente para su profundización y estudio, es necesario enaltecer el papel de la jurisdicción en la conservación de la democracia. La actividad jurisdiccional hace tanto a la democracia como la elección de representantes en el Parlamento, o de jefes de Estado para conducir los destinos del gobierno. Resulta esencial defender la confianza de los operadores jurídicos en el rol de los jueces, como garantía de legitimidad del sistema democrático; como educadores de todos sus órganos; como agentes que alineen correctamente los estímulos normativos para asegurar la sumisión espontánea a la Constitución; como sujetos responsables por las consecuencias jurídicas y metajurídicas de sus decisiones. Es éste su más alto llamado, esencial para nuestras sociedades; y es tarea de todo jurista contribuir con estos propósitos, trascendiendo el pesimismo y recobrando el valor de eximias instituciones de nuestra organización político-social.

Carlos Loaiza Keel

Doctor en Derecho (UM)

Prof. Asp. de Derecho Financiero I y II en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios y del Instituto Latinoamericano de

Derecho Tributario

¹⁶ Vide GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales", Palestra, Lima, 2003, p. 24.

¹⁷ WEBER, Max, "Economía y Sociedad", Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 173 y ss. HABERMAS, Jürgen, "Comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité?", en "Droit et Morale", Editions de Seuil, Paris, 1997, pp. 44 y ss., cit. por BLANCO, Andrés, en su magnífico trabajo "Principios y valores de la tributación", en Revista Tributaria N.º 174, p. 294.

¹⁸ ALEXY, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 255 y ss.



INFORMACIONES

- *Visita del Decano a tres Universidades americanas*
- *Nuestro Consultorio Jurídico, una realidad*



Visita del Decano a tres Universidades americanas

El Decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Nicolás Etcheverry, estuvo de visita institucional en tres Universidades de los Estados Unidos desde el 1° hasta el 17 de julio de 2006, con la finalidad de estrechar lazos, fortalecer los convenios ya concretados, optimizar los programas existentes y proyectar nuevos acuerdos.

En primer lugar fue recibido en la ciudad de Minneapolis por el profesor Bryn Vaaler, quien ha dictado el curso de *Business Organizations* en nuestra Facultad desde 2003. El profesor Vaaler lo conectó con la **Universidad de Minnesota** llevándolo a su Facultad de Derecho. También pudo recorrer algunas de otras de sus instalaciones tales como la biblioteca general de la Universidad y la de derecho en particular, así como reunirse con Meredith Mc.Quaid, Directora del Departamento Internacional y su asistente, la Dra. Jani Riddhi. Pudieron conversar y ajustar el proyecto de convenio que establece diversas modalidades de intercambio entre profesores y estudiantes de ambas Universidades. El Decano tuvo luego la oportunidad de dar una charla conferencia de su especialidad, Ética Profesional, en el Estudio Jurídico *Dorsey & Whitney*, donde Bryn Vaaler es socio entre otros de Walter Mondale. Fue durante un almuerzo de trabajo para unos treinta jóvenes abogados que trabajan en dicho Estudio, el más grande de Minneapolis, y la conferencia se transmitió en video simultáneo a su filial de New York.

Luego visitó la **Universidad de Hamline**, donde Joseph Daly – Profesor de diversos cursos de nuestro Programa US Law – trabaja. Está localizada en la ciudad de St. Paul, ciudad conocida como una de las “Gemelas” junto a Minneapolis, ambas divididas por el río Mississippi y unidas por varios puentes. En esa oportunidad conoció al Decano de Derecho Jon Garon, con quien conversó acerca de la posibilidad de intensificar los intercambios de estudiantes ya iniciados un par de años atrás y se manejó la posibilidad de ampliarlos a más profesores y una próxima visita del Dr. Garon a la Universidad de Montevideo. Más adelante Joseph Daly le presentó al Juez Paul Anderson, miembro del Tribunal Superior de Justicia del Estado quien los recibió en su despacho de la Corte. Estuvieron reunidos durante casi dos horas, compartiendo inquietudes que tienen en común en torno a problemas éticos y de filosofía del derecho e

intercambiando ideas en relación a artículos y ensayos de actualidad. El juez Anderson es un buen conocedor de la realidad latinoamericana y otro firme interesado en venir al Uruguay para impartir algún curso corto en la Universidad de Montevideo.

El 8 de julio Nicolás viajó a Missoula, sede de la **Universidad de Montana**, donde estuvo con David Aronofsky, Arthur Luce y William Corbett, todos ellos profesores de dicha Universidad y partícipes en reiteradas ocasiones de nuestro Programa US Law. David Aronofsky, anfitrión de la visita, le presentó al Decano de la Facultad de Derecho, Edward Eck, con quien mantuvo una muy cordial y prometedora charla de cara a los futuros intercambios entre ambas Facultades. También estuvo reunido con los coordinadores de los Programas de Intercambio Internacional de Montana, el Dr. Mehrad Kia, de origen iraní, un hombre de gran energía y lleno de entusiasmo, y Marja Unkuri-Chaudhry, finlandesa, co-directora del Programa de Intercambio. El Dr. Kia es

considerado uno de los mejores profesores de la Universidad de Montana de acuerdo a la opinión de varios estudiantes que conversaron con Etcheverry, y tanto él como la coordinadora adjunta están muy interesados en fomentar los programas de intercambio ya iniciados y en venir a visitar nuestro país.

Durante su estadía en Montana, Nicolás intercaló una visita a la ciudad de Helena, capital del Estado, donde reside la Dra. Karla Gray, **Presidenta de la Suprema Corte de Montana** y Profesora de Legal Methods I en nuestra Facultad en dos oportunidades. Gracias a la hospitalidad y generosidad de la Dra. Gray, tuvo la ocasión de visitar el Capitolio y de reunirse con el Gobernador de Montana, Bryan Schweitzer, un personaje dotado de una simpatía, carisma y personalidad fuera de lo común. El Gobernador es otro muy buen conocedor de la realidad latinoamericana por haber visitado Chile, Colombia y Argentina en tiempos no muy lejanos. Gran defensor de los derechos de los indígenas, Schweitzer es uno de los posibles candidatos a la Vice-Presidencia por el Partido Demócrata en las próximas elecciones.

A su regreso a Montana, Etcheverry pudo asistir a una de las clases que el Dr. Aronofsky dicta como parte de los cursos de verano. Durante tres horas un grupo de dieciséis alumnos estuvo analizando y de-

batiendo con alto grado de participación un caso que recientemente llegara a la Suprema Corte de Washington (*The Solomon Amendment*) vinculado al derecho o la interdicción que pueden tener los Centros Universitarios en aceptar o rechazar de sus recintos a aquellas personas (representantes militares) que reclutan estudiantes para ingresar al ejército. El punto en cuestión radica en si esos centros educativos pueden impedirlo pero a cambio de no recibir ayuda federal (*deny of federal fund*) por parte del Departamento de Defensa (DOD) y si ello implica o no tratamiento discriminatorio.

El balance del viaje fue altamente positivo y quedó de manifiesto en todos los ambientes y centros educativos contactados el interés real de intensificar los programas de intercambio con cursos interdisciplinarios intensivos de tres a cuatro semanas de duración, además de los semestrales o anuales, tanto a nivel de estudiantes como de profesores. Por otra parte, una vez más quedó en evidencia que los contactos personales fortalecen los vínculos académicos con una intensidad mucho mayor que los intercambios epistolares.

Dra. María Mercedes Otegui

NUESTRO CONSULTORIO JURÍDICO GRATUITO, UNA REALIDAD.-

El año pasado a solicitud de la dirección de una obra social llamada CADI (Centro de Apoyo al Desarrollo Integral) que se desarrolla en el Barrio Santa María, en las inmediaciones de Casavalle, alumnos de quinto año y dentro de la materia Practicum comenzaron a ir una vez por semana junto con la profesora Dra. Claudia Pintos, la aspirante docente Dra. Ivanna Fernández y bajo la supervisión del titular de la materia el Dr. Alfredo de Torres, a evacuar consultas jurídicas en forma gratuita a vecinos de dicho Centro.

Este año vimos que ésta podía ser la oportunidad de hacer realidad un proyecto que veíamos como algo más lejano: el Consultorio Jurídico de nuestra Facultad.

Al ser el Practicum una materia que se dicta recién en el segundo semestre para poder funcionar como Consultorio y tomar casos fue necesario anualizar el servicio y comenzar ya en el primer semestre con las visitas al Cadi.

A éste respecto destacamos el entusiasmo, apoyo y total adhesión de los estudiantes de quinto año.

Agradecemos especialmente a los docentes del Practicum su entrega y desinteresado apoyo al Consultorio como así mismo a la Dra. Eloisa Cerdeña quien se ha acercado para sumar su directa colaboración a este proyecto.

También queremos agradecer a la Suprema Corte de Justicia por su respuesta positiva a nuestro planteo de vernos equiparados a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho de la Universidad de la República y la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga, en lo relativo a las exoneraciones de timbres que estos gozan para la presentación de los escritos en los distintos juzgados del país.

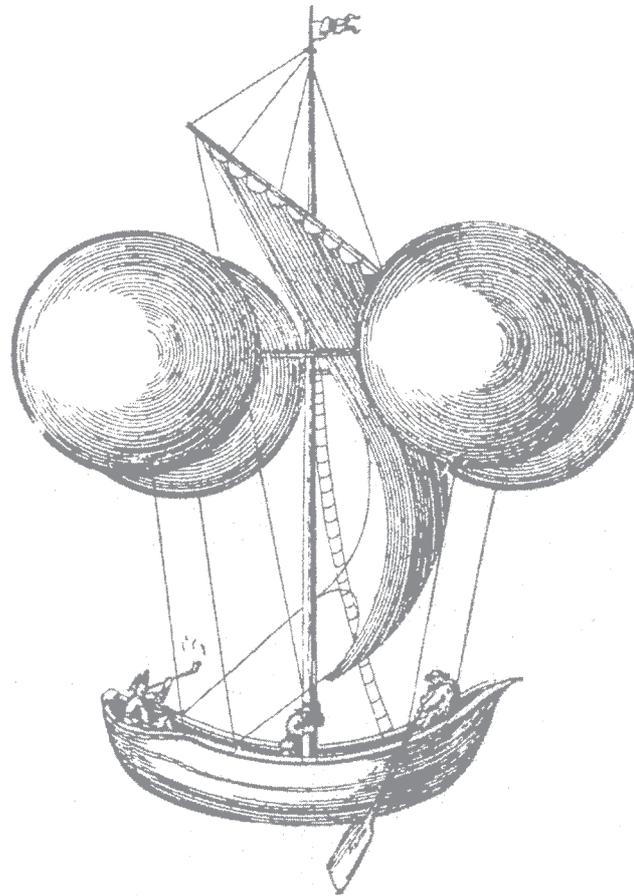
El consultorio permitirá a nuestros alumnos contar con una herramienta fundamental en su formación académica al llevar adelante un caso real, bajo la supervisión de sus docentes.

También les ayudará a crecer como personas al brindar responsablemente un servicio jurídico de calidad a quienes lo necesitan y no podrían pagarlo.

Con ello estarán actuando en sintonía con la Misión de esta Universidad y con los valores que aquí queremos transmitirles.

Dr. Esc. Guillermo Rosati





TESINAS DE MASTERS

- *Alvarez Martínez, Alicia - "Garantías y títulos valores cambiarios"*



GARANTÍAS Y TÍTULOS VALORES CAMBIARIOS

Dra. Alicia Alvarez Martínez

Juez Letrada en lo Civil de Primera Instancia de Maldonado
Maestrando en Derecho de la Empresa en la Universidad de Montevideo

I) INTRODUCCIÓN. GARANTÍA-CONCEPTO. II) GARANTÍAS CARTULARES. SOLIDARIDAD CAMBIARIA. AVAL. III) GARANTÍAS EXTRACARTULARES. A) PERSONALES-FIANZA. B) REALES. - PRENDA – HIPOTECA: HIPOTECAS ABIERTAS O GENÉRICAS.

I) INTRODUCCIÓN - Garantía-concepto

El objetivo de este trabajo es realizar una somera sistematización de las garantías que aseguran el pago de los títulos valores cambiarios, profundizándose, en el estudio del aval, por constituir la típica garantía cambiaria y asimismo, por su actualidad y aplicación práctica, en la hipoteca cambiaria, antes y después de la reforma legislativa, que aún genera polémica. A esos efectos el punto de partida estará en el concepto de garantía.

Como expresa Héctor Alegría en «El aval» la palabra garantía como otras en derecho puede tener diversas acepciones. Se utiliza en derecho constitucional, procesal, administrativo, laboral, etc..

Desde el punto de vista de lo patrimonial, el sentido vulgar del término garantía tiene también una amplia gama. Económicamente, se concibe garantía, genéricamente, como el respaldo de un derecho de contenido patrimonial. En esta concepción se habla de garantía cuando se hace referencia a ciertas obligaciones o responsabilidades connaturales a algunos contratos. Así se habla de obligación de garantía cuando se alude por ejemplo a la evicción o a los vicios redhibitorios, sin perjuicio de recordar en ese campo contractual cuanto hace a las prestaciones de garantía de funcionamiento o reparación de objetos vendidos. Pero también encuentra otra gran acepción consistente en la constitución de una nueva obligación que refuerza un vínculo obligatorio originario preexistente, del cual es conceptualmente diversificada. Esto es, la agregación de un nuevo respaldo patrimonial a derechos anteriores. Es en ese sentido que tanto las garantías reales como las personales forman parte de esta gran categoría conceptual. En las garantías reales se agrega un nuevo derecho, especificado sobre un bien y en las personales un nuevo vínculo subjetivo al anterior (cf. Ripert-Boulanger, T. VII págs. 15 y ss y 20 y 21).

Con relación a las garantías personales destaca el autor que pueden contener diversas especies. La atribución a una obligación del carácter de garantía respecto de otra puede basarse en vínculos de subordinación o simplemente relaciones de coordinación. En el primer caso, se encuentran las garantías accesorias, en las que la subordinación produce la accesoriedad jurídica de la obligación de garantía a la obligación garantizada. El ejemplo clásico es la fianza que además tiene origen contractual. En las garantías que nacen de la coordinación se encuentran, entre otras, las que se relacionan con necesidades funcionales del crédito, y son ejemplo clásico las garantías cambiarias: las que son connaturales al endoso, a la libranza, al aval. La ley cambiaria llama a los obligados de regreso, garantes, en el sentido de que asumen responsabilidad cambiaria refleja por su intervención en el título pero reconociendo en otro sujeto cambiario la deuda principal. No puede decirse que el endoso o la libranza sean accesorias de la aceptación, pero sí que endosante y librador garanticen la obligación que surge de tal aceptación. La garantía pues surge de la coordinación y no de la accesoriedad. Consecuencia de lo expuesto es que no todas las instituciones de garantía en esta acepción conceptual responden a idéntico esquema jurídico (ni a iguales necesidades prácticas). Por el contrario, pueden tener, y de hecho tienen principios y consecuencias muy diversas. Así, por ejemplo no es connatural a la obligación de garantía la accesoriedad jurídica sustancial del negocio de garantía al acto garantizado, siendo suficiente la coordinación.

En el mismo sentido, Luis Muñoz, en «Títulos Valores Crediticios», señala que genéricamente, puede definirse la garantía o caución como el medio único o plúrimo de que puede valerse el acreedor para asegurar su crédito en caso de insolvencia total o parcial del deudor y cualquiera que sea el origen de esa insolvencia. Las garantías pueden ser personales y reales. Las primeras ofrecen ciertamente la seguridad al acreedor, al aumentar el número de sus deudores, pero el crédito continúa siendo quirografario y desprovisto de las prelación que ofrecen las garantías reales. Entre las garantías reales pueden mencionarse, y con relación a las legislaciones basadas en el derecho romano, la prenda, la hipoteca, la anticresis y el derecho de retención

Como señala el autor, quien firma un título valor, por ejemplo una letra de cambio, queda obligado y la simple firma lo vincula, ya sea como obligado principal o eventual a pagar el importe de la letra, dependiendo de la naturaleza de la obligación del carácter de la firma. Cita a Arminjón y Carry ("Lettre de change et billet a ordre") quienes escribieron que en la letra de cambio no hay firmas inútiles o inexpressivas, de tal manera que a las que no revelan una función específica se les atribuye una de garantía.

Alberto Bueres y Jorge Mayo en «Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado» (Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2), enseñan que la palabra garantías o simplemente garantía, tiene múltiples acepciones en el derecho en general y en el derecho privado en particular. El vocablo fue utilizado en los ámbitos constitucional, procesal, administrativo, laboral, etc, así se habla de declaraciones, derechos y garantías; de las garantías del debido proceso, etc.

En un sentido muy amplio, la garantía sería tanto como cualquier medio dirigido a asegurar el crédito, el goce de un derecho, el cumplimiento de una obligación. La doctrina no es uniforme cuando incluye en la aludida acepción lata las plurales hipótesis de garantías. Así se menciona la garantía que emerge de la responsabilidad del deudor del cumplimiento o del incumplimiento, esa garantía se presta con todos los bienes; se hace hincapié esencialmente en las potencialidades que posee el crédito por sí y en sí mismo considerado, a efectos de que el acreedor despliegue sus poderes coactivos de agresión sobre el patrimonio del obligado.

Cuando se enraza el asunto con los medios generales de protección al crédito, se enfatiza en las facultades que éste lleva anejas y en aquellas aptitudes que se le añaden (por ejemplo cláusula penal o fianza).

Però también se vincula la expresión garantía con ciertas responsabilidades u obligaciones que son connaturales a algunos contratos que son la garantía de evicción y de vicios redhibitorios. Estas llamadas garantías pueden encorsetarse sin esfuerzo en la acepción lata del vocablo, ya referida, cuando ellos son incorporados a los contratos onerosos, pues en dichos negocios la ley siempre hace responsable a quien transmite una cosa o un derecho, salvo que en la convención se establezca lo contrario. Por tanto no hay propiamente un refuerzo agregado al crédito sino que nos encontramos con responsabilidades que emanan de la propia eficacia de él. Tal vez sería aceptable que se predique la existencia de garantías en la acepción específica o estricta del vocablo, cuando la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios sean previstos por las partes en el contenido de los contratos gratuitos, dado que en tales casos se trata de un elemento accidental del negocio implicado- de donde es indudable que esos medios de refuerzo no fluyen 'ope legis' de la propia entidad del crédito.

Para una mejor comprensión de la significación lata o amplia del giro garantía explican los autores referidos el engarce del giro con la estructura institucional de la obligación. Tal estructura abarca dos fases: deuda y responsabilidad. No existen en los tramos citados dos relaciones obligatorias diferentes, o bien una expectativa jurídica- que no alcanza a ser un derecho subjetivo- en el débito y una auténtica obligación en la responsabilidad. En consecuencia, media un unitarismo que sólo justifica la escisión teórica- meramente teórica- de los tramos de deuda y responsabilidad con el solo propósito didáctico de que pueda contemplarse «cinematográficamente» la obligación. A la vista de lo expuesto, el derecho subjetivo del acreedor, en un primer paso, supone el poder de exigir un comportamiento del deudor destinado a satisfacer un interés de aquél. Pero ese cúmulo de facultades que emergen del derecho subjetivo no se agota en ello, pues también comprende la posibilidad de que el acreedor despliegue sus poderes de agresión (o poderes coactivos) sobre el patrimonio del deudor, en supuesto de que éste cumpla la prestación en tiempo y forma. De tal suerte, cuando es menester la puesta en marcha de los poderes de agresión se ingresa en la etapa de la responsabilidad como resultado de una actuación del derecho objetivo (que opone a modo de sanción por no observarse estrictamente la conducta debida) y de una actuación anómala o impropia del derecho subjetivo inmerso en la relación jurídico obligatoria enderezada a colmar normal o anormalmente el interés de éste. La ejecución forzada y la 'aestimatio rei' no son nuevas obligaciones derivadas del acto ilícito del incumplimiento ni tampoco cuadra entender, que el contravalor pecuniario es una obligación accesoria del crédito originario. En todos los casos se está ante la misma obligación, la cual cuando se verifica la ejecución por equivalente - o

ejecución indirecta- aparece inalterada en sí aunque presenta una simple modificación en el objeto. En definitiva, la relación poder - deber ínsita en la obligación se manifiesta con idéntica plenitud en los tramos de deuda y de responsabilidad por derivación lógica de ese unitarismo. El sujeto pasivo debe una conducta espontánea y asume de entrada y ad 'omnen eventum' el deber de dar respuesta al interés del acreedor con todos sus bienes-entre los cuales, en ocasiones- se encontrará el bien debido. La responsabilidad es asumida de manera potencial y como quedó asentado, si la prestación no se satisface, tal responsabilidad potencial se trasuntará de manera fáctica. En otros términos, la responsabilidad supone el asumir la realización de la conducta debida, e insatisfecha ésta, en hipótesis, el hilo de dicha responsabilidad sigue su curso a través de la ejecución forzosa o de la ejecución por equivalente. El deudor contrae responsabilidad por conducta a satisfacer y por insatisfacción de esa conducta.

En resumidas cuentas, la expresión responsabilidad tiene según los autores diversas acepciones. Algunas son ortodoxas o correctas mientras que otras carecen de rigor científico por su imprecisión e inexactitud. No habría inconveniente para aceptar como acepciones correctas del vocablo la que se refiere al afianzamiento apriorístico de la conducta y la que se concatena con la sanción fluyente a causa del incumplimiento de la prestación. En ambos casos, se ponen en evidencia dos momentos de una misma situación, o de una misma relación poder-deber. Esta posición para la cual el deudor responde del cumplimiento o en todo caso que el garante responde del cumplimiento a observar por el deudor, se registra también en el derecho francés.

Un sector de la opinión cree que la etapa ideal de la responsabilidad no comprende la ejecución forzada específica.

La responsabilidad aparecería entonces cuando entra en funcionamiento la ejecución por equivalente o sea el contravalor dinerario. Estiman los autores que dentro de esta significación la responsabilidad tiene que abarcar la total sanción que el ordenamiento jurídico incorpora al deber asumido y transgredido. consecuentemente comprende la ejecución forzada obtenida del propio deudor, la ejecución por tercero a costa del deudor y en fin, la 'estimatio rei'.

Se plantean si responsabilidad es igual a garantía dado que a veces en las obras y monografías se habla en forma indiscriminada de responsabilidad y garantía o se las emplea como sinónimos. Es necesario, según los autores, ajustar los conceptos que no son iguales. El deudor es responsable, cuando incumple la prestación, en tanto que la garantía no emana del susodicho deudor sino de sus bienes, su patrimonio. Responsabilidad y garantía son nociones autónomas aunque complementarias. la garantía confiere efectividad a la responsabilidad. De ahí que puede haber responsabilidad y no garantía. La responsabilidad siempre se predica del sujeto que está en situación de deber sea antes de incumplirlo, bien después de incumplido. En este último sentido, responsabilidad es la posición del sujeto sometido a la necesidad de experimentar de manera efectiva la pérdida de un bien o varios bienes a título de sanción.

Por último, hay una acepción de garantía en sentido estricto de acuerdo con la cual la garantía es una norma de derecho o un precepto de la autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste no tiene por sí mismo de modo que esa adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ser realizado su derecho. Se genera una ampliación del poder jurídico del acreedor con respecto a los poderes que ostenta de ordinario. Existe un derecho subjetivo o una facultad. Parecida a esta noción es la de la garantía latu sensu que se utiliza como factor de atribución en la responsabilidad contractual y extracontractual. La garantía en sentido amplio-que siempre constituye un criterio de imputación de responsabilidad de naturaleza objetiva- comprende:1) la garantía stricto sensu que fundamenta el deber de reparar del deudor obligacional o del principal por hecho de los dependientes y 2) la obligación de seguridad que opera en el sector hecho propio y que genera responsabilidad directa y objetiva del deudor contractual. En semejantes supuestos no hay un crédito principal sino que hay dos obligaciones de reparar indistintas o concurrentes que nacen al mismo tiempo. Así el dependiente causa daño a un tercero y responderá por su culpa sin que este factor de atribución monopolice la posibilidad de imputar jurídicamente el daño al agente directo. A su vez, el principal responde por la garantía legal que debe si se infringe por otro el 'alterum non laedere'. El esquema es válido para el deudor contractual por hecho del tercero dependiente en cuyo caso aquel responde por la garantía contractual.

Al igual que los anteriores autores distinguen las garantías personales de las reales. Las primeras conceden al acreedor el poder jurídico de exigir una conducta del deudor para satisfacer el interés del mentado acreedor. Las segundas, otorgan a éste un poder jurídico que recae sobre cosas concretas y determinadas, en definitiva son las que acuerdan al titular un derecho real respecto del objeto. Las personales otorgan al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto al deudor o en todo caso en sustitución de éste (fianza, aval, etc.) o bien conceden al señalado acreedor una facultad subsidiaria contra el solvens quien de tal modo debe una prestación adicional (cláusula penal).

Asimismo distinguen, los autores, las garantías que suponen el agregado de un nuevo derecho subjetivo o de una mera facultad al crédito y están en situación de subordinación, pues tales garantías son accesorias del derecho al cual van incorporadas. Sin embargo, así como hay vínculos de subordinación, también existen de coordinación (en los que está ausente la accesoriedad). Son garantías de coordinación las que se relacionan con ciertas necesidades funcionales del crédito como las garantías cambiarias por ejemplo las connaturales al endoso, libranza, aval, etc.

Ahora bien, ingresando al ámbito de las garantías de los títulos valores cambiarios, señala Héctor Cámara en "Letra de Cambio y vale o pagaré" T. II, expresa que la ley cambiaria, facilitando la circulación de los títulos valores confiere protecciones especiales, legales y convencionales. Entre las garantías cartulares menciona la solidaridad, el aval y la firma de favor, y dentro de las seguridades extracambiarias, la fianza, el derecho de hipoteca y de prenda.

Uría en «Derecho Mercantil» expresa que el cumplimiento de las obligaciones puede ser garantizado por otra persona distinta del deudor principal que se obliga a responder también de la obligación (fianza) o bien afectando especialmente determinados bienes al cumplimiento de éste y constituyendo sobre éstos un derecho real accesorio de la obligación que aseguran (prenda e hipoteca). Destaca el autor que, en materia mercantil, han sido más frecuentes las garantías personales que las reales y quizás por ello, el Código francés no regula más contrato autónomo de garantía que la fianza (arts. 439 y ss.) limitándose a considerar la prenda de efectos o valores públicos como una modalidad accesorio del préstamo (arts. 320 y ss). Pero con el desarrollo actual, no bastan las garantías personales (fianza y aval) las empresas han tenido que acudir para movilizar y conseguir crédito a específicas garantías reales adaptadas a las exigencias del comercio. Así al lado de la prenda e hipoteca normales aparecieron nuevas instituciones de garantía real como la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria.-

Para Pablo C. Barbieri en «Manual de Títulos Circulatorios» cuando se refiere a las garantías para el pago de la cambial necesariamente debe comenzarse por enumerar todos los sujetos y obligados cambiarios: librador, aceptante y endosantes. Pero junto a ellos frecuentemente aparecen otros obligados que garantizan el cumplimiento de las obligaciones cambiarias asumidas por los mismos: los avalistas, que se incorporan a la estructura de sujetos cartulares mediante un acto jurídico cambiario llamado aval.

El profesor español Antonio Vázquez Bonome en su "Tratado de Derecho Cambiario", señala que existen diversos medios para garantizar el pago de una letra de cambio, unos ordinarios y otros cambiarios. Entre los primeros cita el contrato de afianzamiento civil (arts. 1822 y ss. C.C.) o mercantil (arts. 439 a 442 C. de Com.) en cuyo caso sus efectos se limitan a los contratantes sin que se afecte a los demás firmantes de la letra. En cuanto a los segundos, expresa que una letra se garantiza por medio de todos los firmantes que intervienen en ella lo que da lugar a que puedan producirse dos tipos de garantías: una común, que deriva de la responsabilidad solidaria del librador, aceptante o endosante; y otra que es la típica de la letra de cambio y tiene carácter extraordinario que es el aval (art. 35 L.C.). De modo que todos los firmantes de la letra de cambio se constituyen en garantes de la misma reforzando el crédito cambiario. Pero, al lado de esta garantía cambiaria que podemos llamar encubierta o indirecta, y que va implícita en toda declaración cambiaria, existe otra expresa y manifiesta que es el aval.

En nuestro país, Sagunto Pérez Fontana en Títulos Valores- Obligaciones cartulares, t. II, enseña que la doctrina generalmente vincula los negocios de garantía con el más general de la intervención de un tercero en una relación de deuda pre-constituida, distinguiendo claramente, los que dan origen a una obligación accesorio y subsidiaria de la obligación principal del deudor, de los que dan origen a una obligación principal asumida por el garante. La garantía puede consistir en una nueva obligación que refuerza un vínculo preexistente y del que también es distinta. Entendida en sentido amplio no comporta el atributo de accesoriedad que generalmente se le asigna de la obligación del garante con la que es objeto de la garantía. Como refuerzo del crédito cambiario originario, a través de la constitución de nuevas obligaciones cambiarias, y a favor de los que entran sucesivamente en la circulación, se puede hablar de garantía de la letra con referencia al endoso y así lo hace nuestra ley, aunque su finalidad no sea la constitución de una relación de garantía y también con referencia al aval y a la aceptación por intervención, figura esta última que nuestra ley desconoce. La función de garantía de las firmas cambiarias está estrechamente ligada al principio de la responsabilidad solidaria de los firmantes del título frente al portador como lo establece el art. 105 del dec-ley 14701. Ninguna firma cambiaria garantiza la obligación de cualquier otro firmante pero todos garantizan de forma más o menos directa y típica el pago del título. En "Títulos Valores"- Obligaciones Cartulares III, Letras de Cambio, Vales, Pagarés, págs. 95 y ss. expresa que los autores refieren como garantías cambiarias el aval y la solidaridad, omitiendo la que la ley impone a los endosantes; asimismo señala que otros autores agregan como garantía cambiaria la provisión de fondos. Para el autor, el aval, es una declaración unilateral de voluntad mediante la cual un tercero ajeno a la relación cambiaria asume la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación

cambiaria (arts. 15 y ss). Se trata de una típica garantía cambiaria y sólo se concibe en los títulos cambiarios, aunque en la práctica diaria para expresar que una persona garantiza una obligación que emane de un contrato cualquiera, se dice que prestó su aval. Esa expresión carece de efectos legales dado que esa fianza no se rige por las disposiciones que reglamentan el aval sino por las del Código Civil relativas a la fianza. Respecto de la provisión de fondos, de acuerdo a los principios en que se funda la ley vigente -y lo mismo durante la vigencia del Código de Comercio- no es un requisito para la validez de la letra de cambio; es una garantía externa y por lo tanto extra-cambiaria, y se refiere a las relaciones entre el librador y el girado. Es un derecho de crédito que el primero tiene contra el segundo cuyo origen puede ser distinto, por ejemplo, el saldo del precio de una compraventa, el importe de un préstamo, un depósito, el precio de un arrendamiento, etc.- La provisión de fondos es indiferente para la existencia y validez de la letra de cambio en el sistema seguido por la ley y por eso en ella no se disciplina ni menciona.

Destaca que los autores incluyen entre las garantías eventuales la aceptación por intervención, que aunque mantenida en las leyes ha caído en desuso por lo que la ley no disciplina la aceptación ni el pago por intervención; apenas refiere a ellos incidentalmente en los arts. 94 y 95.

Finalmente afirma que el pago de la letra de cambio además de la garantía típica cambiaria de naturaleza personal o sea el aval, puede tener otras garantías. Así puede ser garantizado por una fianza, lo que no es frecuente, y por garantías reales como la hipoteca o la prenda, señalando al respecto que atento a que la ley no ha previsto la constitución de estas garantías, su validez, constitución y efectos se rige por lo dispuesto por el Código Civil. Estas garantías no se utilizan en nuestro país en materia de letras pero sí en vales, pagarés o conformes.

La profesora Beatriz Bugallo en "Títulos Valores", señala que como título de circulación, la existencia de otro patrimonio comprometido en el pago de la obligación facilita la negociación del título valor, del punto que tendrá mayor posibilidad de circulación por el respaldo económico contenido por tal garantía. Las obligaciones contraídas por medio de la suscripción de títulos valores tales como letras de cambio, cheques o vales, pueden ser garantizadas por los mismos actos y negocios que cualquier otra obligación. Según cuál sea el medio elegido- garantía personal o garantía real- deberá recurrirse a diversas normativas aplicables a cada caso concreto de contrato; debiendo tenerse presente que en todo caso se trate de contratos mercantiles pues acceden a obligaciones que constituyen actos de comercio a tono con lo dispuesto por el art. 7 del Código de Comercio. Pero además de los instrumentos de garantía del derecho común, el derecho cambiario reglamenta un medio típico que denomina «aval» que comparte las características sustanciales de los títulos valores.

II) GARANTÍAS CARTULARES

A) Solidaridad Cambiaria

Francesco Messineo en "Tratado de Derecho Civil y Comercial" T. VI, con referencia a la letra de cambio señala que la misma, cuando sea completa, contiene al menos dos firmas: la del librador y la del girado aceptante, las cuales importan obligaciones pasivamente solidarias, aunque no en el mismo grado. La firma del librador es la primera en orden cronológico y lógico, se la debe poner en la cara anterior o anverso de la letra. El librador al suscribir la letra además de sellar el momento de creación de ésta asume dos caracteres separados aunque conexos: de un lado él es el ordenante respecto del girado y como tal dirige a éste (ordenado) un 'iussum' (el de pagar); de otro lado, él, respecto del ordenatario (tomador) o de aquél en cuyas manos la letra puede venir a encontrarse en lo sucesivo, asume dos obligaciones derivadas de su cualidad de promitente del hecho del tercero (girado); cualidad que subsiste (aunque no aparezca la fórmula empleada en el documento) e incluso tiene su confirmación precisamente de la asunción de dichas obligaciones de las cuales derivan dos responsabilidades derivadas por hecho del tercero y por el hecho propio.

Pero, como afirma el Maestro, la letra puede contener otras firmas. Puede estar la del avalista, la del endosante y la del interviniente; incluso las firmas de endoso pueden ser innumerables, su número depende de la duración de la vida de la letra, de la intensidad de su circulación y también de la velocidad de esa circulación. Al multiplicarse el número de firmas, la letra aumenta el propio valor ('vires crescit eundo') puesto que, siendo finalidad última de ella el pago y la entrada conexas de la suma (indicada en la letra) en el patrimonio del poseedor (al vencimiento) y acreedor, cuantas más son las firmas tanto mayor es la probabilidad de que alguno de los suscritores pague la letra.

Todo suscriptor de la letra asume una obligación, de ordinario, a título diverso; a veces al mismo título (coobligados). La obligación puede ser principal y a ella corresponde un obligado principal (directo) que es aquel al cual en primer término incumbe pagar (girado -aceptante, avalista del aceptante, interviniente principal) o de regreso; y a ella corresponde un obligado de regreso (librador, endosante respectivo, avalista, intervinientes de regreso). Estar obligado de regreso significa que la obligación está subordinada a la falta de cumplimiento por parte del obligado principal y el acreedor debe dirigirse, ante todo al obligado principal; de lo cual se infiere que el obligado principal y el obligado de regreso no se encuentran en el mismo plano. En general, el obligado de regreso es aquel que puede ser llamado por el acreedor a pagar en vía eventual, o sea, solamente cuando el deudor principal (u otro obligado de regreso de grado anterior) no pague. Los obligados cambiarios de regreso están ligados entre sí y en beneficio del acreedor por el vínculo de la solidaridad pasiva, lo que significa que el acreedor puede escoger entre los varios deudores de regreso en la ejecución sin deber seguir ningún orden, independientemente del momento en que la suscripción del obligado de regreso se ha estampado y la obligación solidaria ha sido asumida.

En la asunción de la obligación cambiaria principal y en la asunción de la obligación cambiaria de regreso, los obligados pueden ser más de uno, a igual título, en cuyo caso se tiene la figura del coobligado cambiario (coemitente, coaceptante, coavalista, coendosante y cointerviniente) donde la respectiva posición singular la asumen dos o más personas en vez de asumirla una sola. El coobligado cambiario está caracterizado por el hecho de que el mismo está obligado en igual grado con el otro obligado al mismo título.

Asimismo destaca el autor que un mismo sujeto puede suscribir la letra a títulos diversos: puede ser librador y ordenatario conforme al art. 3 primer apartado de la ley cambiaria; librador y girado, y por consiguiente posible aceptante; librador y avalista o endosante y avalista (art. 35 ley cambiaria). En tales casos, el sujeto asume en el nexo cambiario otras tantas diversas posiciones, en correlación; y adquiere derechos y asume obligaciones en consecuencia.

Héctor Cámara, en la obra citada, expresa que la ley en defensa del crédito establece la responsabilidad de todos los firmantes del título valor, sea aceptante, librador, endosante, avalista, etc., fortaleciendo innegablemente la situación del portador. Este principio de solidaridad pasiva goza de antiguo abolengo. La Ordenanza Francesa de 1673 no lo recepta expresamente pero es admitido por la jurisprudencia y la práctica en el antiguo derecho y las Ordenanzas de Bilbao lo consagran (art. 1º cap.XIII). Hoy lo proclama uniformemente el derecho comparado; de lo contrario, la cambial no podría cumplir su importante función de instrumento fecundo y maravilloso del crédito, sucedáneo de la moneda en la vida comercial internacional.

La solidaridad cambiaria exhibe una fisonomía propia distinta de la común; así se habla de solidaridad "imperfecta" o "modificada", tanto que para Ghini ni siquiera puede echarse mano de la solidaridad. De Semo refuta exitosamente esta última postura entendiendo que la autonomía de las obligaciones cambiarias aisladas no contraría en sustancia los principios generales, desde que, por un lado, el vínculo solidario del derecho común deriva de una pluralidad de obligaciones distintas y en alguna medida independientes, aunque no tan marcada como en el derecho cambiario; por otro lado, en la indicada autonomía de las obligaciones podría verse una pluralidad del Derecho cambiario a la cual se superpone, sin embargo el vínculo solidario de los firmantes.

En el derecho argentino, el Código de Comercio de 1889 asentaba la solidaridad cambiaria en el art. 669-1ª parte-, facultando al portador para dirigir su acción contra cualquiera de los obligados de la letra, librador, aceptantes y endosantes que responden solidariamente todos a los resultados de la letra. El art. 736 asimismo establece que todos los que giran o dan orden para el giro, endosen o acepten letras de cambio o firmen aval, aunque no sean comerciantes, son solidariamente garantes de las letras y quedan obligados a su pago, con interés y recambios, si los hubiere, y todas las costas y gastos legales, con derecho regresivo, desde el último endosante hasta el librador, con tal que la letra haya sido presentada y debidamente protestada. No obstante, señala el autor que los exegetas de dicho cuerpo legal polemizaron sobre si el portador podía demandar conjuntamente a algunos o todos los obligados cambiarios o si sólo correspondía la acción individual contra cualquiera de ellos, rechazándose por la doctrina y jurisprudencia prevaleciente la acción colectiva; salvo que fueren dos obligados de igual grado (coendosantes, coavalistas, colibradores, etc.), que reclamaren partes distintas de la obligación y que la acción se entable contra el avalista y el avalado porque ambas prestaciones tienen el mismo contenido. El basamento de esa construcción estaba en la segunda parte del art. 669 que después de asentar el principio de la solidaridad expresaba que el portador podría dirigir su acción contra quien mejor le convenga de los referidos librador, endosantes o aceptantes, pero intentada contra uno de ellos no puede ejercerla contra los demás sino en caso de insolvencia del demandado.

Como afirma el profesor, la normativa actual disipa toda duda sobre la solidaridad pasiva de los deudores cambiarios. Aunque se trate de obligados de grado diverso, lleva respecto del portador de la letra a las

consecuencias extremas en el sentido que la ley consiente al acreedor buscar y encontrar rápidamente a un obligado que pague. Es el favor cambiario al máximo de eficacia, como no sucede en ningún otro campo del derecho privado. Así el art. 51 del Dec.-Ley 5965/63 dispone: "Todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, quedan solidariamente obligados hacia el portador. El portador tiene derecho de accionar contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligados a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas. El mismo derecho corresponde a cualquier firmante que hubiere pagado la letra. La acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aún cuando fuesen posteriores a aquel contra el cual se ha procedido primero".

De dicha norma concluye que la ley proclama la solidaridad pasiva con la mayor amplitud a favor del portador del título valor a lo que no obsta la diversa situación de los suscriptores en el nexa cambiario. Los obligados sean directos o regresivos de grado diverso -art. 46- o tengan el mismo grado-colibradores, coavalistas, etc.- corresponde la acción conjunta contra todos, uno o algunos. La única diferencia está en que satisfecha la prestación por el aceptante, la cambial se extingue; ello no pasa cuando la atiende un endosante, quien puede perseguir el cobro contra los obligados anteriores que le responden pero no contra los posteriores cuyas obligaciones fueron canceladas con ese pago. Por otra parte, el portador para gozar de este beneficio debe requerir el pago al vencimiento del deudor principal, y en caso de resultar infructuoso documentar fehacientemente la negativa, salvo mención en contrario. Si bien obligados cambiarios son todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, el texto peca por exceso y por defecto. Lo primero, porque el endosante posterior al vencimiento escapa a la solidaridad desde que "su endoso" tiene efectos de cesión de créditos según el art. 2; lo mismo sucede con el endosante que consigna la cláusula "sin garantía" o equivalente-art.16-. Asimismo, el avalista y aceptante, si bien responden solidariamente, su situación es diversa a los demás cuando limitan el monto de la obligación. Lo segundo, porque responde solidariamente el 'falsus procurator', quien suscribió el documento en representación de otro conforme al art. 8. , otro tanto ocurre con el avalista por documento separado que responde solidariamente aunque no suscribió la letra de cambio.

La solidaridad beneficia al portador o a cualquier firmante que hubiera pagado la letra, esto es, a su legítimo titular en el momento del vencimiento -legitimado por la tenencia del documento con la cadena regular de endosos- como también a cualquier deudor cambiario que reembolsó el importe. Esto contraría la norma de la solidaridad común donde el deudor que paga solo puede recurrir pro-parte contra los demás. Este derecho de reembolso integral del 'solvens' se justifica por el carácter sucesivo de las obligaciones cambiarias y su autonomía. Además, es diversa la situación del "portador" de la del obligado regresivo que pagó; éste sólo puede accionar contra quienes le responden no contra los endosantes posteriores que quedan liberados por ese pago. Quien recibió por endoso la letra de cambio post-proteto ejercita el derecho del último endosatario. Y el endosatario en garantía no propietario de la letra de cambio también goza de la solidaridad legal pasiva ostentando un derecho autónomo para hacer valer la garantía según el art. 20. El endosante que pagó un letra perjudicada no queda incluido porque abonó algo que no debía, su pago es una liberalidad.

Como ya estableció, el portador tiene amplia libertad para escoger al deudor o deudores cambiarios, no estando obligado a seguir un orden ni ocurrir antes a los obligados más próximos. Cabe el recurso saltuariamente contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas, promovida la acción contra uno o varios puede proseguirla también contra otros aún cuando fueren posteriores a aquellos.

Agrega el autor que la normativa actual también recepta el 'ius variandi', de modo que la acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aun cuando fuesen posteriores a aquél contra el cual se ha procedido.

Si bien cuando hubiere varios coobligados -coendosantes, coavalistas, colibradores, etc.-podrán ser demandados todos o algunos de ellos, cuando uno de ellos pagare la cambial dispone de acción cartular contra los otros obligados que responden solidariamente, pero no contra su o sus copartes cuyas relaciones se rigen por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias (art. 59). La solidaridad no juega contra los herederos de un obligado cambiario quienes pueden liberarse pagando su parte.

Si alguno dio fianza por un obligado cambiario no responderá solidariamente más que con el deudor caucionado.

Contrariamente a lo señalado por Lescot y Roblot en cuanto a que la solidaridad no es de orden público por lo que puede dejarse sin efecto mediante convenio de partes-librador, endosantes, avalistas, etc.- expresamente, estima Cámara que la solidaridad hace a la esencia de la responsabilidad cambiaria.

Agrega el autor que el pago de la letra de cambio también puede garantizarse indirectamente

mediante la suscripción de un determinado tercero, quien toma la calidad de librador, aceptante, endosante, etc., figura encuadrada dentro del favor cambial y que la doctrina francesa denomina efectos de complacencia; se trata de la firma de favor. La misma se caracteriza porque una persona suscribe el instrumento cambiario a fin de facilitar el crédito a otro pero sin responder por el pago; este acto se cumple gratuitamente con el objetivo de prestar un servicio.

Se ha sostenido que constituye el medio empleado para procurarse crédito que no se tiene, en muchas quiebras se descubre que el fallido ha utilizado las letras de complacencia presumiéndose constituyen prueba de cesación de pagos. Han sido mal miradas por facilitar el abuso del crédito. Para Cámara no importan siempre una operación de propósito avieso o nocivo, no obstante que en algunos casos son peligrosas, no pueden ser castigadas como ilícitas.

Con relación a su naturaleza jurídica se han dado diversas tesis, algunas hablan de falta de causa, causa ilícita, falsa causa, mandato, etc., Conforme a La Lumia, Cámara distingue dos nexos: el preparatorio o precambiarario, donde el favorecedor frente al favorecido consiente otorgar la garantía y otro que es el vínculo de fianza entre favorecedor y acreedor, confiriendo la caución personal en beneficio del último. La convención de favor constituye el antecedente del negocio de favor propiamente dicho.

En punto a los efectos de la firma de favor señala que: A) El favorecido se obliga a asentar su firma en la cambial agotando su prestación al asumir la responsabilidad cartular; el favorecido, por su parte debe evitar que al vencimiento del título- valor el dador de la firma de favor sea compelido al pago, enviando los fondos pertinentes-aceptante- o pagando para extinguir la relación cambiaria-obligado regresivo. El dador de firma de complacencia, que demandado pagó, tiene, en opinión del autor, acción de reembolso contra el favorecido comprensiva del capital, intereses y gastos, en virtud de la convención de favor, no como repetición de pago de lo indebido ni como enriquecimiento injusto. B) El negocio de garantía obliga al favorecedor como deudor cartular frente a cualquier tercero portador de buena fe, excepcionalmente responderá por vía causal, cuando hubiere celebrado un contrato de fianza garantizando la relación fundamental.

Con respecto al tercero que conoce que la firma es de favor se plantea el autor si hay mala fe concluyendo que dicha parte es obligado según el instrumento a favor del tenedor por valor, aunque éste al tiempo de tomarlo haya sabido que aquél no era sino una parte del acomodamiento; sólo podría valer la defensa cuando el tercero hubiera participado en la convención de favor, obligándose con un 'pactum de non petendo'. La 'exceptio doli' procederá si el portador adquirió la cambial en colusión con el favorecido para dañar al firmante de favor.-

Luis María Jaureguiberry en «La letra de cambio y el pagaré en el nuevo régimen cambiario» señala que la firma en los negocios jurídicos unilaterales como la letra de cambio es la manera de exteriorizar la voluntad que tienen los distintos suscriptores que se obligan precisamente desde el momento por el solo hecho de poner la firma en el instrumento. Cuanto más firmas se acumulen o cuanto más firmas de obligados cambiarios se recojan en la letra, tanto mayores serán las probabilidades del tomador y de los tenedores sucesivos de que le cumplan la promesa de pagar la suma de dinero expresada. Las firmas de los distintos deudores como las obligaciones que ellas importan son autónomas y redundan en beneficio de la circulación y de la bondad del título. Garantes de las letras según señala el autor son los eventuales obligados de regreso. El art. 10 de la ley cambiaria establece que el librador es garante de la aceptación y del pago. Él puede liberarse de la garantía de la aceptación mas toda cláusula por la cual pretenda liberarse del pago se considera no escrita. El fundamento de este último apartado está en que siendo la letra de cambio una promesa de pago que hace el librador por medio del girado, de no hacerla éste lógicamente no puede dejar de cumplirla aquél. Sin embargo, la responsabilidad del librador, tanto en caso de falta de aceptación o de pago es eventual o sea que es de regreso o garantía ya que por la ley el obligado directo o principal es el girado cuando acepta, o su avalista porque ocupa su lugar.

En cuanto al endosante, el art. 16 edicta que el endosante es garante de la aceptación y del pago de la letra salvo cláusula en contrario; y puede prohibir un nuevo endoso, en tal caso no será responsable hacia las personas a quienes posteriormente se endosare la letra de cambio. El endosante es un obligado de regreso, responde eventualmente en defecto de la aceptación o del pago de parte del deudor principal -girado-aceptante- siempre que la letra no se haya perjudicado y haya sido debidamente protestada. Como el endoso según el autor es un nuevo giro, el endosante, a semejanza del librador puede limitar su responsabilidad respecto de posteriores tenedores y dado el carácter literal del endoso ello se consigue insertando en el contexto la cláusula «sin garantía» u otra similar cual sería «sin responsabilidad de regreso» o «sin reembolso». El endoso convierte al endosante en obligado de regreso respecto del inmediato y de los posteriores endosatarios de la letra, mientras que a su vez confiere derecho de regreso frente a los endosantes precedentes y frente al librador. Si por efecto del regreso el endosante debe pagar la letra de cambio, este pago libera

a los endosantes posteriores y también a sus avalistas pero no libera a los endosantes anteriores, ni al librados y sus respectivos avalistas. El endosante que paga la letra conserva el regreso contra los endosantes precedentes, el librador y sus avalistas, derecho que puede ejercitar mediante la acción llamada de reembolso.

Por su parte, Osvaldo Gómez Leo en «Manual de Derecho Cambiario», enseña que los actos cambiarios documentados en una letra de cambio son concretados, por razones de unidad estructural mediante una declaración unilateral de voluntad cuya expresión documental mínima es la firma del sujeto que la extiende sea librador, aceptante, endosante, avalista, interviniente- constituyéndolo en responsable solidario del pago de la letra (art. 51 antes transcripto). El conjunto de estos obligados forma una cadena en cuyos extremos hay un solo obligado al pago (el aceptante) y un solo acreedor autorizado a exigirlo (el último endosatario). Las demás personas que firman el título (librador, endosantes y sus respectivos avalistas) quedan entre los extremos de la cadena con el doble carácter de acreedores y responsables eventuales. Acreedores cada uno respecto de los anteriores poseedores del título y responsables frente a quienes les sucedieron en aquella cadena. En virtud de la responsabilidad que lleva consigo el hecho de girar la letra, y por razón de la obligación de garantía que recae sobre los endosantes, éstos, así como el librador le aseguran al tenedor del documento el pago de la suma contenida en el título para el caso de que el librado no pague. Es decir, a mayor número de firmantes, mayor número de obligados, lo cual implica mayores posibilidades de cobro.

A la luz de la normativa cambiaria vigente, la garantía que presta el librador de la letra es una garantía esencial ya que no puede relevarse de ella de ninguna forma; si pretendiera hacerlo, incluyendo en el libramiento una cláusula especial, la misma se tiene por no escrita (art. 10 L.C.).

La solución legislativa entronca en la estructura de la promesa obligacional que efectúa el librador al crear la letra de cambio, esto es, prometiendo el hecho ajeno (del girado) y en subsidio el hecho propio, si el girado a quien le imparte la orden no aceptara y se le permitiera al librador liberarse de la garantía de cambio de la cambial ésta carecería de sentido- económico y jurídico - pues el tomador que percibió la letra no tendría posibilidades de efectivizarla ante ningún sujeto .

En cuanto a la garantía que asume el endosante, entiende el autor que puede catalogarse como natural porque puede faltar. Ello ocurre cuando la letra no circuló ya que no hay endosantes o cuando habiéndolos se incluyó la cláusula «sin garantía» (art. 16 pár. 1 L.C.). En tal caso, el endoso tiene efecto legitimante pues habilita al endosatario a ejercer todos los derechos resultantes del título, y efecto traslativo, pues otorga la propiedad del documento y la titularidad del derecho, pero carece de efecto vinculante para el endosante quien queda excluido en virtud de esta cláusula dispensaria de toda responsabilidad cambiaria. Agrega que asimismo es garantía natural la que asume el librado al aceptar pues tal acto puede faltar; ello ocurre en las letras a la vista, en las letras no aceptables y las no aceptadas.

Destaca asimismo la existencia de una garantía eventual que es la intervención regulada en la ley en el capítulo VIII (arts. 74-82) instituto actualmente en desuso adoptado por todas las legislaciones del mundo que adhirieron al sistema de la Convención de Ginebra de 1930. Se distingue la intervención en la aceptación de la del pago; la primera, como los demás actos cambiarios es un acto jurídico cartáceo unilateral, literal y completo que se comporta como negocio abstracto en virtud del cual el sujeto interviniente queda obligado hacia el portador legitimado y hacia los endosantes sucesivos del sujeto por quien ha intervenido en los mismos términos que éste. En tanto garantía de la letra de cambio tiene carácter eventual expreso en algunos casos y espontáneo en otros

Luis Muñoz, en la obra citada, afirma que conforme al art. 51 multicitado, todos los que firman una letra de cambio sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas quedan solidariamente obligados al portador, el portador tiene derecho a accionar contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas. El mismo derecho corresponde a cualquier firmante que hubiere pagado la letra. La acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros aún cuando fuesen posteriores a aquél contra el que se ha procedido primero. Según la jurisprudencia una estipulación que menoscabe la solidaridad cambiaria desnaturalizaría al título valor.

Señala que hay diferencias entre la solidaridad civil y la cambiaria. En la civil, cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios o en contra de uno de los deudores beneficia o perjudica a los otros (arts. 39, 94 y 713 C.C.) . En cambio, conforme al art. 97 de la ley cambiaria argentina, la interrupción de la prescripción solo produce efectos contra aquel respecto del cual se cumplió el acto interruptivo. En la común, una vez cumplida la obligación por pago, la deuda se divide entre todos los obligados por partes iguales, pudiendo el deudor que ha pagado la totalidad, exigir la parte que corresponde a los codeudores. Si alguno resultare insolvente, todos contribuirán por igual a sufragar su parte. En la cambiaria, cualquier obligado, sea directo o de regreso, puede ser elegido para pagar y el que paga, si no es

el aceptante tiene pleno derecho de repetir el total del importe de la letra a cualquier otro obligado que le preceda. En la común, el pago efectuado por cualquier obligado libera a los codeudores; en la cambiaria, el único pago que libera a todos es el del girado aceptante; otro obligado que pague sólo libera a los obligados que le siguen mas no a los que le preceden. Conforme al art. 51 el portador de la letra tiene derecho a accionar individual y conjuntamente contra cualquiera de los obligados cambiarios, esto es, demandar a los coobligados de igual grado (colibrador, coendosante, coavalista), o a uno solo de los codeudores o coobligados de la letra. No está obligado a observar el orden en que las partes se han obligado (art. 51 num.2) o sea que en la serie de obligados de regreso puede escoger al inmediato endosante (regreso 'per ordinem'), o a un obligado de regreso anterior (regreso 'per saltum'), y lo mismo puede hacer si decide accionar conjuntamente contra dos o más obligados de regreso. El propio precepto establece que la acción contra uno de los obligados de regreso no impide accionar contra los otros, aún cuando sea posterior en el nexa cambiario a aquel contra el cual se ha procedido primero. Va de suyo que se abandonarán las acciones si uno cualquiera de los obligados paga íntegramente la letra. Con Cámara entiende que si uno de ellos paga, tiene acción cartular contra los otros obligados que responden solidariamente, pero no contra su o sus copartes cuyas relaciones se rigen por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias (art. 59). La solidaridad cambiaria, aunque se trate de obligaciones de grado diverso produce consecuencias plenas puesto que la ley permite al acreedor cambiario buscar y encontrar un obligado que pague. La doctrina habla de solidaridad imperfecta, modificada, de pseudo solidaridad, etc. Al igual que Cámara entiende que la misma es de orden público y no puede derogarse por las partes.

El acreedor cambiario cuenta con la solidaridad pasiva de los deudores también cambiarios, de suerte que si uno no paga, cualquiera de los otros está obligado a pagar la suma entera (cf. Cámara Civil y Comercial de La Plata, «El Derecho», t. 29, pág. 319). Empero son obligaciones autónomas las de quienes suscribieron la misma cambial como librador, aceptantes, avalista o endosante. Ahora bien, el acreedor debe proceder de excusión primeramente contra el deudor principal o su avalista, y sólo en caso de excusión infructuosa, podrá proceder de excusión contra los deudores singulares de regreso (arts. 10, 16 y 34). Así según Messineo (T. VI, pág. 344) como escribe Cámara (T.II, pág. 107), el portador debe requerir el pago al vencimiento del deudor principal, y en caso de resultar infructuoso documentar suficientemente la negativa, salvo mención en contrario. Empero, no cabe duda que el acreedor puede por vía ejecutiva accionar contra cada uno de los deudores cambiarios individualmente o en forma conjunta sin observar el orden o grado en que se hayan obligado. El principio de solidaridad cambiaria nos autoriza a afirmar que la pluralidad de firmas, con referencia a diversas obligaciones autónomas persigue un mismo fin: el pago de la cambial. Todas y cada una de las firmas representan la garantía del cumplimiento de la obligación cartular puesto que tienen la virtud de vincular cambiariamente a su autor.

La solidaridad cambiaria asegura la eficacia del título de valor y por consiguiente del derecho incorporado. Nada tiene que ver con el endosante que endosó la cambial después del vencimiento porque su endoso produce los efectos de una cesión de créditos (art. 21); lo propio sucede cuando el endosante inserta la cláusula «sin garantía» u otra equivalente (art. 16). Quien suscribe la cambial en representación de otro sin tener poder (art.8), como 'falsus procurator' responde solidariamente; lo mismo acontece con el avalista por documento separado. El que recibe por endoso la cambial, después del protesto, goza de la solidaridad pues ejerce el derecho del último endosatario.

El endosatario en garantía también goza de la solidaridad pasiva porque es titular de un derecho autónomo (art. 20). En cambio, no puede decirse lo mismo respecto del endosante que pagó la cambial perjudicada pues el pago no fue legítimo. Quien otorga fianza por un obligado cambiario responde solidariamente con el deudor caucionado y nada más.

Los herederos de un obligado cambiario pueden liberarse pagando su parte, que se anotará en la cambial dándoseles recibo por separado y por aplicación de los arts. 3491 y ss. del C.C. la solidaridad cambiaria pasiva no tiene que ver con ellos (art. 42).

En cuanto a la aceptación por intervención, aparte de su función específica asume otra de garantía ya que el aceptante, es en realidad un coobligado que promete el pago.

Refiere el autor asimismo a las obligaciones cambiarias de favor que son aquellas que asumen las personas que sin intención de pagar la letra a su vencimiento, suscriben el título, sea como librador, aceptante, endosante, avalista, etc. con el fin de facilitar la circulación del mismo y sin tener relación de crédito con la persona a quien prestan la firma de favor, generalmente con fines de descuento. Es preferible según el autor hablar de obligaciones cambiarias de favor o de firmas de favor como hace La Lumia en «Le firme cambiari di favore», que de cambiales de favor pues la dicción cambial alude al título valor propiamente dicho y no a la obligación.

Es indudable que entre la persona que presta la firma de favor y la favorecida, existe un pacto a tenor del cual ésta se obliga a evitar que aquella no pague la cambial, no obstante la existencia de su firma en el título. Como han escrito Arminjon y Carry, las leyes del moderno derecho continental no se preocupan de este acto porque es de naturaleza extracambiaria y deja su reglamentación al derecho común. Es evidente que la firma de favor puede prestarse para crear apariencia de seguridad con el fin de retardar una situación de quiebra u ocultar insolvencia, En estos casos los títulos valores se crean no para pagarlos sino para renovarlos antes del vencimiento, y si se quiere evitar el uso de mala fe de las firmas de favor, sólo puede acudir a normas penales porque si se exigiera la efectiva prestación de la provisión de fondos, como era el antiguo criterio francés, se daría al traste con todos los principios que han hecho de la letra de cambio un título destinado a facilitar la circulación de los derechos. Investigar si existe provisión de fondos o no para caracterizar una obligación de favor es erróneo porque puede existir un negocio de favor con provisión de fondos pero como dice Perraud («Les effets de complaisance», Droit Com., 1905) la provisión puede hacerse antes del vencimiento de la letra, y tiene igual consideración que si hubiera sido efectuada desde la creación del título. Otros han afirmado que las obligaciones de favor adolecen de causa, mas los fines económicos y jurídicos del vínculo de favor son evidentes. Tampoco puede explicarse la naturaleza jurídica de la obligación de favor diciendo que resulta de una causa ilícita, inmoral o falsa, esto implicaría confundir la causa con el motivo. La doctrina moderna ve en las obligaciones de favor una prestación de garantía frente a terceros que asume el que suscribe de favor la letra como aceptante, emitente, girado, endosante o avalista, pues el tercero no conoce ni le incumben las relaciones entre el que presta el favor y el favorecido. Aquél asume una obligación cambiaria al suscribir el título valor y puede ser obligado a pagar cuando el favorecido no lo haga. La firma de favor asegura, pues, el cumplimiento de la obligación cartular. Se discute sobre su naturaleza jurídica; según La Lumia es una fianza, pero entre el favorecedor y el tercero no hay contrato y éste puede ignorar las relaciones entre favorecedor y favorecido. Para Muñoz es una obligación autónoma, de suerte que no puede hablarse de fianza. La relación entre favorecedor y favorecido tiene su base en el negocio de favor que es gratuito y atípico, empero no puede considerarse un negocio de liberalidad y menos una donación. En relación a los terceros representa una garantía, puede firmar como avalista del favorecido, coemitente, avalista del emitente, endosario del endosante favorecido.

En el derecho argentino, conforme a lo preceptuado por el art. 212 C. de Com. al decir que en las obligaciones transmisibles por medio del endoso la falta de expresión de causa no puede oponerse al portador de buena fe, la obligación de favor es válida en relación a terceros de buena fe. Para la jurisprudencia, la letra o el pagaré de favor no son admisibles en la ejecución cambiaria, alegando que son títulos valores sin causa.

Pablo C. Barbieri, en la obra citada, afirma que la solidaridad impuesta por el art. 51 del Dec.-Ley 5965/63 implica que todos los obligados cambiarios van a ser responsables ante el portador legitimado de la cambial por la totalidad del monto, sin poder ampararse en los beneficios de división o excusión del derecho civil. En una palabra, al intentar el cobro de la cambial, el portador legitimado podrá escoger sobre una amplia gama de sujetos obligados al pago y requerir el cumplimiento a todos o solo a algunos de ellos según su conveniencia. Agrega la norma referida que el portador tiene el derecho de accionar contra todas esas personas individual o colectivamente, sin estar obligado a conservar el orden en que las obligaciones han sido contraídas constituyendo una consecuencia directa del principio en estudio. Requerido el pago por el portador legitimado, el obligado cambiario de que se trate deberá pagar la totalidad del monto del título obteniendo la restitución de la cambial. En ese estado podrá recuperar lo abonado de todos los restantes firmantes en virtud de lo preceptuado por la última parte del artículo. Ello hasta llegar al aceptante- o librador en su ausencia- dado que cuando éste paga el monto de la letra produce la extinción de la obligación cambiaria en ella inserta. En materia de vales o pagarés, la diferente estructura de la obligación cambiaria inserta en el vale y en la letra determina que la situación jurídica del librador en ambos títulos sea diferente. En el vale, es obligado directo y sobre él recae personalmente la obligación de abonar el monto del pagaré, de ahí que sea correcta la afirmación legal del art. 104 del Dec.-Ley 5365/63 que sostiene que el suscriptor del vale o pagaré queda obligado de la misma manera que el aceptante de la letra de cambio.

En nuestro país, Sagunto Pérez Fontana, en la obra citada afirma que mediante la solidaridad cambiaria, establecida en el art. 105 del dec.-ley 14701, el tenedor de la letra de cambio puede exigir el pago de la letra de cambio sin necesidad de observar el orden en que esas obligaciones han sido contraídas. No obstante, en su opinión, la solidaridad no es una garantía cambiaria desde que todos los deudores responden por el pago de la letra de cambio, responsabilidad que deriva de un acto de voluntad como creadores de la obligación cambiaria como es el caso del librador, del aceptante y de sus avalistas o porque la ley se la impone como es el caso de los endosantes.

B) AVAL

Francesco Messineo en la obra citada enseña que el aval constituye una declaración de voluntad cartular, unilateral, no recepticia y abstracta en cuanto desvinculada de la relación fundamental que media entre avalista y avalado; la misma da origen a una obligación de garantía, o sea, a la promesa de pagar en lugar y en el grado del avalado (obligado principal o de regreso) .

Se llama avalista quien suscribe la letra a título de aval (que no puede ser dado sino en la letra o en su prolongación conforme al art. 36 primer apartado de la ley cambiaria). Avalado es el deudor cambiario con referencia al cual se da el aval, pero la ventaja del aval es toda del acreedor cambiario.

El aval se expresa por la locución “por aval” u otra equivalente y debe ser suscrito por el avalista (art. 36, 2º apartado). Presupone una relación básica que tiene lugar entre avalista y avalado y que sirve para regular las relaciones internas entre ellos. Tal relación básica, cuya naturaleza es extracambiaria, tiene causa ‘fideiussoria’; pero del mismo modo que la relación fundamental no opera en general respecto del tercero de buena fe poseedor de la letra de cambio, así igualmente no opera el carácter de fianza de la relación que constituye la base del aval y por consiguiente, de ordinario, quedan como inaplicables las normas sobre fianza, también y sobre todo porque aval y fianza difieren notablemente entre sí. En efecto, como señala el Maestro, aunque la fianza implique también (de ordinario) obligación solidaria del fiador, y también éste pueda ser objeto de excusión antes del obligado principal, no por ello el aval podría equipararse a la fianza. La fianza, como obligación sustancialmente accesorio, puede ser inválida por la invalidez sustancial de la obligación principal; el fiador puede oponer al acreedor casi todas las excepciones correspondientes al deudor principal y puede oponer también el beneficio de excusión; la fianza no goza del régimen privilegiado de la obligación cartular. El aval, en cambio, como obligación independiente, es válido aunque sea sustancialmente inválida la obligación del avalado, siempre que esta última sea formalmente válida; el avalista no puede oponer las excepciones personales oponibles por el avalado al acreedor cambiario; el aval garantiza objetivamente la letra, es una obligación cartular (documental) y está gobernada por las reglas privilegiadas propias de ésta.

Como señala el autor, puede suceder que el aval lo conceda el avalista en base a una relación que media entre el avalista y el acreedor cambiario, toda vez que el acreedor cambiario puede tener interés en la firma del aval, a fin de que la letra lleve una segunda firma no tanto para tener su garantía (firma de favor). No podría en tal relación contemplarse una relación fundamental en el sentido mismo en que ésta se entiende en las relaciones entre avalista y avalado. La relación avalista-creedor sólo puede tener un contenido plausible con respecto a la hipótesis de que sobre la base de tal relación, el avalista, si es objeto de excusión esté facultado para oponer al acreedor cambiario alguna excepción personal; por ejemplo ‘pactum de non petendo’, concordado entre ellos.

El aval puede darse por cualquiera de los obligados cambiarios, esto es, por el girado, librador, endosante e incluso por otro avalista. Según que el aval lo preste por el girado o por otro obligado asume el carácter de aval principal o de regreso; distinción que importa a los efectos del modo en que el avalista queda obligado (art. 37 primer apartado). Por quién se de el aval depende de la voluntad del avalista, y en caso de silencio, habiéndose estampado la expresión “por aval” o equivalente, se interpreta que se da por el librador y por consiguiente con efecto para todos los firmantes posteriores al mismo (endosantes y eventuales avalistas). Pero cuando no se establece la locución sino sólo la firma, la ley considera como firma de aval la puesta en la cara anterior de la letra, salvo que se trate de la del librador o del girado (art. 36 apartado3) por parte de los cuales, en opinión del autor, sería inconcebible la prestación de un aval en cuanto las respectivas obligaciones comprometen ya su patrimonio.

En cuanto al momento en que puede ponerse el aval, puede ser al crearse la letra (por el librador) o de la aceptación (por el girado) o en el momento del endoso; pero se le puede poner también posteriormente; la ley no hace depender la validez del aval del momento en que se lo pone sino del hecho de ponerlo y del modo como se haga. Es posible que haya coaval, o sea que existan dos o más avalistas que quedan obligados ‘pari gradu’; entre ellos y en sus relaciones internas opera el art. 62 de la ley cambiaria. El coaval se caracteriza por el hecho de que se trata de aval prestado por dos o más personas por el mismo título: esto lo distingue de la situación en que existen dos o más avales separado, por el mismo avalado, y más todavía, obviamente de aquella en que existen varios avales prestados, cada uno por un título diverso.

El efecto jurídico del aval consiste en el hecho de que el avalista queda obligado en el mismo modo que el avalado (art. 37 apartado1); es decir que se introduce en el nexo cambiario, en el mismo lugar y grado del avalado, de modo que por el mismo título cartular (aceptación, libramiento, endoso) los obligados (y los patrimonios contra los cuales se debe proceder de excusión) son dos (o más en caso de coaval) en vez de uno

solo, como ocurría originariamente. De ello infiere que cuando se da el aval por el girado no puede procederse de excusión contra el obligado de regreso sin haber procedido de excusión, no sólo contra el girado sino contra su avalista. Además, en virtud de lo edictado por el art. 54 apartado 2º, el acreedor cambiario puede dirigirse indiferentemente al avalado (girado) o al avalista; por consiguiente puede también proceder de excusión contra el avalista antes de hacerlo contra el girado avalado, sin que éste pueda oponerle (como en la fianza) el beneficio de excusión. Igualmente, si el aval se da por un obligado de regreso (librador, endosante, etc.) el avalista queda obligado, también él, como obligado de repetición, y por eso el avalista responde en el respectivo modo y grado y puede ser objeto de excusión, en lugar y antes del respectivo avalado (sin poder invocar excusión).

Agrega el autor que la duración del derecho y de la acción cambiaria del acreedor frente al avalista dependerá de la circunstancia de si el respectivo avalado es obligado principal o de regreso. El régimen de excepciones personales oponibles por el avalista al acreedor cambiario queda determinado por lo dicho, puede oponer las excepciones deducibles de la razón de extinción de la deuda cambiaria, que es principalmente deuda del avalado; puesto que el aval garantiza la extinción de la letra de cambio; y si tal pago se ha realizado, o si se ha producido una razón extintiva de la deuda, aunque sea diversa del pago, el avalista queda liberado del mismo modo que queda liberado el avalado. Por el contrario, las otras excepciones personales procedentes de la relación avalado-creedor cambiario, son inoponibles por el avalista, atendida la autonomía de la obligación cartular (documental) respecto de la obligación del avalado.

El avalista llamado a pagar la deuda y que la pague-ya sea principal o de regreso- adquiere los derechos cambiarios contra el avalado y contra quien esté obligado cambiariamente frente a este último (art. 37 apartado 3). El alcance de tal enunciado es el siguiente: obligados cambiarios frente al avalista son aquellos que lo preceden en el nexa cambiario (girado-aceptante, librador, endosantes precedentes y sus avalistas) mientras que él no tiene derechos cambiarios que hacer valer frente a quienes le siguen en el nexa cambiario (sucesivos endosantes y eventuales respectivos avalistas). Entonces, el avalista del girado aceptante no adquiere derechos cambiarios como consecuencia del pago sino respecto del propio avalado; pero el avalista de una obligación de regreso adquiere derechos cambiarios frente al girado (obligado principal) y su eventual avalista y frente a los obligados de regreso que le precedan en el nexa cambiario, al avalado de el avalista que ha pagado la letra.

La acción cambiaria del avalista contra el avalado está sujeta a diverso término de prescripción según sea obligado principal o de regreso.

Independientemente de la consecuencia de orden cambiario, el avalista que pague la letra puede tener acción extracartular frente al avalado que nace de la relación que constituye la base de la asunción de la deuda del aval.

Para Francisco Vicent Chuliá en "Compendio Crítico de Derecho Mercantil", en cuanto a su naturaleza negocial, el aval es una declaración de voluntad formal, unilateral, no recepticia, formalmente accesoria de una principal, la del avalado. Garantiza el pago de la letra, no su aceptación, esta es la doctrina alemana en contra de la francesa.

Puede ser avalista cualquier obligado cambiario, incluso el aceptante quien con el aval puede reforzar su posición pasiva en la letra en determinadas circunstancias: si cuando aceptó era incapaz o aceptó por parte del importe; los obligados de regreso siempre que avalen a un firmante anterior en la cadena circulatoria de la letra, pues si se vieran obligados a pagar liberarían a más obligados y los terceros.

Avalado, puede ser cualquier obligado cambiario, aun cuando aún no haya estampado su firma (aval o fianza de obligación futura que será eficaz cuando nazca la obligación avalada). Cabe avalar a un obligado o a varios, incluso a todos. El art. 36-3 L.C. presume en caso de silencio o duda que se avala al aceptante y, en su ausencia, al librador. Si durante un tiempo la letra figura sin aceptación, el avalista estará garantizando el pago del librador, y si sobreviniere la aceptación pasará a garantizar al aceptante.

Pueden concurrir varios avalistas o coavalistas que responden solidariamente del pago de la letra aunque internamente entre ellos se aplicará el régimen de reparto propio de las deudas solidarias del C.C.. A diferencia del coaval, en el subaval, el subavalista presta garantía del pago de un avalista.

Estima el autor que si bien es discutible que pueda admitirse el aval condicionado no hay norma que lo prohíba. Por la misma razón entiende que sería válido el aval por tiempo limitado.

En cuanto a los requisitos, ha ponerse en la letra o en su suplemento o en sus copias, se expresará la palabra «por aval» o cualquier otra fórmula equivalente, e irá firmado por el avalista. No obstante la simple firma de una persona puesta en el anverso de la letra vale como aval, siempre que no se trate de la firma del librado o librador. El aval en documento separado no producirá efectos cambiarios (art. 36-4º), lo que significa que se tratará de una fianza que podrá garantizar obligaciones de una concreta letra de cambio o de diversas letras de cambio ya emitidas o futuras.

Según el art. 37 el avalista responde de igual manera que el avalado y no podrá oponer las excepciones personales de éste; de modo que evidentemente no responde de igual manera que el avalado más que en el sentido de que le será exigible el pago en la vía directa o de regreso, según quien sea su avalado y por la misma cantidad y demás circunstancias. El avalista podría oponer las excepciones que deriven del título, las que afecten a la validez de la obligación cambiaria del avalado y sus propias excepciones contra el tenedor. Sin embargo, será válido el aval aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

Si el avalista paga la letra de cambio voluntaria o forzosamente avalada, en todo caso adquirirá los derechos derivados de la letra contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de esta última.

Para Joaquín Garrigues en "Curso de Derecho Mercantil" t. III, el aval se define como la garantía cambiaria para el pago de la letra dada a favor de un obligado directo (aceptante) o en vía de regreso (endosantes, librador). Pero este concepto es demasiado amplio. Por el solo hecho de la firma, todo firmante de la letra de cambio garantiza su pago, por esta razón es posible en derecho cambiario que la garantía se asuma bajo la forma de una figura cambiaria común, es decir como librador, como aceptante o como endosante. A este supuesto pertenecen las llamadas firmas de complacencia. En estos casos la garantía está encubierta bajo una forma que no es la propia del afianzamiento cambiario: la garantía no sale, a la superficie de la letra. El aval, en cambio, expresa siempre una relación de garantía externa, porque su finalidad es precisamente garantizar el pago de la letra. El avalista no se propone, como el librador, asumir una obligación de hacer pagar o de pagar por sí mismo la letra que crea, ni se propone como el endosante transmitir la letra, ni como el aceptante asumir la deuda cambiaria accediendo a la invitación que se le hace para que acepte la letra. Al contrario, el aval, da por supuesta la existencia de un título ya creado y que nadie lo obliga a firmar y en el que el avalista interviene voluntariamente para asegurar su buen fin.

En cuanto a su naturaleza jurídica, señala el autor que para la doctrina italiana el aval representa una garantía de carácter objetivo, autónomo y formal. Es objetiva, porque no garantiza que el avalado pagará sino que la letra será pagada, el aval no se da a favor de persona determinada sino de la letra. Es autónoma, porque el aval como toda obligación cambiaria subsiste por sí, independientemente de las otras obligaciones asumidas en la misma letra. La obligación del avalista es válida aunque la firma del avalado sea falsa y aún cuando la obligación de éste se invalide por tratarse de una persona incapaz. Solo invalida la obligación del avalista la inexistencia formal de la firma del avalado. De otra parte, el avalista que paga después de haber pagado la letra ejercita la acción cambiaria, es inmune a todas las excepciones personales oponibles a la persona por la que prestó el aval: la obligación del avalista y del avalado son distintas e independientes entre sí. Es formal la obligación del avalista porque si el avalista firma una letra de cambio regular se obliga cambiariamente sin consideración a la causa por la cual presta la garantía. Por esos motivos la doctrina italiana funda la construcción del aval sobre la base de las diferencias con la fianza civil: a) en la fianza existe una sola obligación y dos deudores, en el aval hay dos obligaciones autónomas y dos deudores; b) el fiador se libera si la obligación principal se extingue por razones personales del deudor, el avalista queda obligado en ese caso por consecuencia de la autonomía de su obligación; c) el fiador puede oponer al acreedor las excepciones personales del deudor puesto que la obligación es única, el avalista no puede hacerlo así; d) el fiador goza del beneficio legal de excusión en los bienes del deudor principal (art. 1830 C.C.) y del beneficio legal de división, en el caso de ser varios los fiadores (art. 1837 C.C.). Al contrario, el avalista responde en la misma línea que el deudor principal y responde además por el importe íntegro aunque sean varios los avalistas.

En el derecho francés, como señala el autor, de acuerdo al Código Civil, el aval figura como una fianza subsidiaria. Por tratarse de una fianza la obligación del avalista supone una primera firma formalmente válida y materialmente obligatoria, de ahí la naturaleza esencialmente accesoria del aval. En su consecuencia, al avalista le corresponden las mismas excepciones que al deudor principal, salvo las personalísimas. No había ningún precepto en el derecho francés que permitiera calificar al aval como obligación materialmente autónoma y formalmente accesoria. El avalista es un fiador, bien que un fiador solidario que no puede invocar ni el beneficio de excusión ni el de división.

En cuanto al derecho español, el aval regulado en los arts. 486 y 487 del C. de Com. se informa directamente en el derecho francés anterior a la Ley Uniforme; es una fianza dada en forma expresa y escrita para el pago de la letra. El carácter de obligación accesoria, propio de la fianza se declara categóricamente en el art. 487 que impone al avalista la responsabilidad al pago de la letra «en los mismos casos y forma que la persona por quien salió garante». De la consideración de los arts. 486 y 487 deduce las características legales del aval en el derecho español: a) es una garantía de la letra, el 486 lo aproxima al endoso y a la aceptación

porque también estos actos representan una garantía a favor del acreedor cambiario. La diferencia es que en el endoso, excepcionalmente hay una garantía encubierta, pero como finalidad exclusiva, mientras que esta garantía es la finalidad directa y única del aval; y que la aceptación representa una garantía dada al tenedor, pero es una garantía legal, en oposición al aval que es convencional. b) El aval es una obligación escrita, no cabe que el avalista preste su garantía oralmente. c) El aval es una obligación accesoria al círculo normal de las obligaciones cambiarias que se suma a las obligaciones del endosante y aceptante.

En cuanto a la forma, el C. de Com. español no impone ninguna. En general se expresa la voluntad del avalista mediante las palabras: «por aval», escritas junto a la firma de la persona cuya obligación se desea garantizar. Pero puede expresarse con otras palabras que demuestren también voluntad de garantizar el pago de la letra (v.gr. «para buen fin», «como fiador», «por fianza», «como garantía»). Ha de ser siempre una obligación escrita (art. 486 C de Com.) y puede escribirse no solo en la letra original sino en su duplicado o en su copia. Incluso a veces se contiene en un documento distinto de la letra; esta forma de aval, admitido expresamente en el derecho francés, no lo está en el español. Teóricamente, el aval en documento separado contradice el principio de la evidencia propio de los títulos valores y específico de las letras de cambio. Ante el silencio de la ley, de la interpretación conjunta de las normas referidas concluye el autor que existe la posibilidad de estos avales en documento distinto de la letra. En primer lugar, porque el art. 486 dice que el pago de la letra podrá afianzarse con una obligación escrita, pero no dice dónde ha de constar esta obligación, si ha de ser precisamente en la letra o puede ser fuera de ella. Por otra parte, el art. 487 permite los avales con restricciones o condiciones, y tales limitaciones parecen exigir un documento aparte, ya que en la mayoría de los casos será materialmente imposible incluirlas dentro del texto sumario de un letra de cambio.

En cuanto a las relaciones entre el tenedor y el avalista, expresa que hay que subdistinguir los dos supuestos de aval que contempla el art. 478 del C. de Com., el concebido en términos generales y el limitado. Frente a todos los sucesivos tenedores de la letra, el avalista es un fiador. Por tanto, la existencia y el alcance de su obligación depende de la existencia y el alcance de la deuda principal: el avalista responderá en los mismos casos y forma que la persona por la cual salió garante (art. 487 C. de Com.) De aquí deriva que puede oponer al acreedor las mismas excepciones que pudiera oponer el deudor principal. Para poder ejercitar la acción cambiaria frente al avalista será preciso que el tenedor haya hecho notificar a éste el protesto. El avalista es pues fiador del avalado, pero lo es en régimen de solidaridad frente al acreedor cambiario. Esta solidaridad tiene características especiales que la distinguen de la civil. En el caso del aval limitado, la responsabilidad del avalista se mide por la propia norma de limitación con que se construyó la garantía. Si el aval está limitado en cuanto al tiempo, y el plazo del avalista vence antes de vencer la obligación del avalado quiere decir que no hay aval. Si está limitado a caso determinado, parecería que se trataría de un aval condicionado que la doctrina rechaza generalmente; si el aval está limitado a cantidad determinada, el avalista no puede comprometerse a responder de más, pero sí de menos.

En punto a las relaciones entre el avalista y los demás obligados, el sistema legal español ni siquiera formula el principio de la subrogación del avalista en los derechos del acreedor cambiario pagado por él. Este principio de subrogación solo se formula respecto del que presta su intervención en el protesto de una letra pagándola, mas como la intervención es también una forma de intercesión cambiaria el art. 512 puede aplicarse al avalista que pagó la letra. El avalista entonces se subroga en los derechos del portador mediante el cumplimiento de las obligaciones prescritas a éste.

Para Uría es una declaración cambiaria exclusivamente dirigida a garantizar el pago de la letra. Otras declaraciones como la intervención o la aceptación o la del endoso también refuerzan el crédito cambiario pero la garantía que esas declaraciones prestan es indirecta y encubierta mientras que la garantía del aval es explícita, externa y directa. Siguiendo el modelo francés el Código de Comercio en el art. 486 lo prevé como una fianza cambiaria cuyos perfiles no coinciden con las propias de la fianza ordinaria pero que como ésta generan una obligación de pago accesoria de la obligación principal garantizada. La posición doctrinaria que concibe el aval como una garantía objetiva del pago de la letra no encuentra, según el autor, apoyo legal. Esa naturaleza del aval reconocida por reiterada jurisprudencia permite definirlo como aquella cláusula cambiaria por la que una persona responde del pago de la letra como fiador de cualesquiera de los obligados en ella.

El Código dice que debe hacerse por escrito (art. 486) y en la misma letra. La garantía prestada en documento separado para este autor no es aval.

Conforme al art. 487 puede ser prestado en términos generales y sin restricciones, en cuyo caso responderá el que lo prestare del pago de la letra en los mismos casos y formas que la persona por quien salió la garantía; o limitando la garantía a tiempo, caso, cantidad, persona determinada, en cuyo supuesto no producirá más responsabilidad que la que nazca de los términos del aval.

En las relaciones entre el tenedor de la letra y el avalista, éste responderá del pago de lo mismo en los

mismos casos y forma que la persona avalada (aval general) o en los términos concretos del aval (aval limitado). En el aval general asumirá frente al tenedor una posición jurídica idéntica a la del avalado y en consecuencia, el tenedor podrá reclamarle directamente el pago de la letra sin que haya de acreditar previamente la insolvencia del deudor principal y sin necesidad de haber cumplido frente a él los actos o formalidades necesarios para conservar la acción cambiaria. El avalista podrá oponer no sólo las propias excepciones personales sino las correspondientes al deudor principal. Si fuera limitado responderá en los términos del aval.

En las relaciones con los demás obligados el avalista que pague queda subrogado en los derechos cambiarios que corresponderían al avalado contra los obligados anteriores. De ahí que si se dio por el aceptante no conserve acción cambiaria de regreso contra nadie.

Por último, en las relaciones entre avalista y avalado, el aval no queda sustraído al principio general de que todo fiador que pague puede repetir contra el deudor principal garantizado (art. 1838 C.C.). Pero la acción del avalista es una acción cambiaria fundada en la letra si bien sometida a las excepciones derivadas de la relación causal existente entre ambos.

Para Georges Ripert, en «Tratado Elemental de Derecho Comercial» III, el aval es la garantía dada por una persona de que la letra será pagada al vencimiento, esta persona es el avalista y es un fiador solidario que debe indicar por quien se obliga. Se da mediante la firma de la letra de cambio debajo de la fórmula 'bon pour aval' u otra equivalente. La sola firma basta si se estampa en el anverso de la letra pues una persona que no es ni librador ni girado no puede firmar por otro motivo que el de ser avalista (art. 130 párrafos. 4º y 5º C. de Com.). Debe indicar para quién se presta y en ausencia de toda indicación se presume dado a favor del librador (art. 130 párrafo 6º), esta presunción no debería, según el autor, admitir prueba en contrario, sin embargo alguna jurisprudencia lo admite. El aval puede prestarse por separado exigiéndose en ese caso por la ley que se indique el lugar donde presta el aval aunque no alcanza el autor a entender el motivo de esa exigencia. El legislador francés ha usado una reserva de la Convención de Ginebra permitiendo esta clase de aval. El acto separado no constituye un aval sometido a las reglas de cambio y por consiguiente de naturaleza comercial a menos que mencione la o las letras a las cuales se refieren, indicando su fecha e importe. La jurisprudencia admitía fácilmente en otros tiempos la validez del aval general, pero se mostró después más severa, e incluso en un caso exigió que se precise el importe de las letras y de no precisarse la obligación no constituirá aval.

El avalista se obliga mediante su firma en la letra y ello aunque la obligación que ha garantizado sea nula por una causa que no sea un vicio de forma. El avalista cuando se obliga lo hace como fiador solidario de aquel por quien se obliga y queda sometido al derecho cambiario. Si ha garantizado la firma del girado aceptante queda obligado como éste y no podrá prevalerse de la ausencia de presentación y de protesto porque no está en la misma situación de un endosante. Entendiendo el autor que el avalista es un simple fiador, se libera por aplicación del art. 2037 del C.C. si prueba que aquel a quien ha garantizado ha hecho imposible por su culpa, la subrogación en los derechos del acreedor. El avalista que se ha visto obligado a pagar tiene un recurso contra quien ha garantizado y contra todos aquellos que en virtud del derecho cambiario estuvieren obligados respecto de aquél (art. 130 párrafo 8º).

Giuseppe Ferri en "Manuale Di Diritto Commerciale", expresa que el aval es una obligación cambiaria de garantía y como tal constituye una obligación accesorias respecto a la obligación cambiaria garantizada. Esta accesoriedad, se regula de acuerdo a los principios del derecho cambiario y solamente en tanto sean compatibles, por los del derecho común.

Cuando la obligación existe como obligación cambiaria el aval es válido y también si la obligación garantizada es intrínsecamente nula.

De la circunstancia de que el aval sea una obligación accesorias derivan según el autor las siguientes consecuencias: a) el avalista queda obligado en el mismo modo que el avalado, es obligado directo o de regreso según la obligación del avalado sea directa o de regreso: b) el avalista que paga la cambial adquiere los derechos cambiarios contra el avalado y respecto de todos los obligados anteriores; c) la obligación del avalista se extingue si se extingue la obligación del avalado con la consecuencia que el avalista podrá oponer al portador de la cambial la extinción de la deuda del avalado cualquiera sea su causa (pago, compensación, remisión, prescripción). Es dudoso si el avalista puede oponer al acreedor las excepciones oponibles por el avalado.

El aval es prestado mediante la fórmula «por aval» u otra equivalente sobre la letra o sobre hoja anexa y suscrita por el avalista. Se considera aval igualmente aunque falte la fórmula, la firma de persona diversa del emisor o del aceptante en el anverso de la cambial.

Debe indicar la persona por la cual se da, si la misma no se efectúa debe entenderse que se da por el librador (arts. 36 y 102 L.C.).

Puede ser prestado por un tercero extraño a la relación cambiaria o por un suscriptor de la cambial (art. 35 L.C.).

La ley nada dice respecto de la posibilidad de un aval sujeto a condición por lo que concluye el autor que no estando prohibido ni habiéndose establecido la nulidad o ineficacia la única solución es la de admitir la validez del aval condicionado y su eficacia.

En Argentina, Luis María Jaureguiberry, en la obra citada, expresa que el aval es el negocio jurídico unilateral, vinculante, abstracto, originario, no recepticio y de garantía, mediante el cual una parte -avalista- se compromete mediante la firma a cumplir eventualmente una obligación cambiaria en el grado y lugar del avalado. Como negocio de garantía vinculado a la letra, el aval es una manifestación de la voluntad unilateral que obliga al suscriptor que lo otorga a pagar eventualmente- o subsidiariamente- el total o parte de la suma indicada en la letra de cambio. Es un negocio abstracto porque está desvinculado de la relación fundamental que puede existir entre avalante y avalado; el avalista promete cumplir la obligación del avalado en el lugar y grado de éste. El aval es originario porque da lugar a una obligación cambiaria autónoma, en cuanto la validez del mismo no depende de la validez sustancial de la obligación garantida, excepción hecha del vicio de forma de esta última, que se trasmite al aval y lo invalida (art. 34 segundo apartado). Como declaración de voluntad, la del aval no es recepticia porque no va dirigida a persona determinada; es una obligación que se contrae con quien resulte acreedor cambiario en el momento del pago.

Dentro de la técnica de la ley de Ginebra, tanto la letra de cambio como sus giros traducen y exteriorizan la voluntad unilateral de cada uno de los suscriptores. Los negocios son autónomos y las firmas también lo son. El aval no es giro, pero como negocio accesorio participa de igual naturaleza jurídica de la letra de cambio como manifestación de voluntad unilateral que es. Es una obligación de garantía, si bien objetiva porque está referida al pago total o parcial de una letra de cambio; por imperio de la ley es también personal porque se otorga a favor del avalado, que siempre es un obligado cambiario. Dadas estas características no hay duda que la figura con la que se asemeja y se diferencia el aval es la fianza, sobre todo la fianza comercial que es solidaria y no admite el beneficio de excusión. La fianza como obligación sustancialmente accesorias puede ser inválida por la invalidez sustancial de la obligación principal. El fiador puede oponer al acreedor casi todas las excepciones correspondientes al deudor principal; puede oponer además excusión. Por otra parte la fianza no participa del régimen cambiario ni goza de las prerrogativas de la obligación cartular. En cambio, el aval como obligación independiente, dado su carácter autónomo es válido aunque sea sustancialmente, invalida la obligación del avalado, salvo que la invalidez provenga de un vicio de forma conforme la parte segunda del art. 34, ya que el aval es accesorio sólo desde el punto de vista formal. El avalista no puede oponer las excepciones personales oponibles por el avalado al acreedor de la letra de cambio. El aval, como garantía objetiva es una obligación propia del derecho cambiario y está gobernado por las reglas exclusivas de éste.

En cuanto a la forma del aval, el mismo se concreta con la firma del avalista y la indicación de la obligación cambiaria que se contrae. En cuanto a la forma el art. 33 del Dec.-ley 5965/63 establece que puede constar en la misma letra, su prolongación o en documento separado debiendo en ese caso indicar el lugar en que ha sido otorgado; puede expresarse por medio de las palabras «por aval» o de cualquier otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista. Se considera otorgado por la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o la del aceptante. El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga y a falta de indicación, se considera otorgado por el librador.

A semejanza de la ley de Ginebra la normativa no hace depender la validez del aval del momento en que se otorga sino del acto de ponerlo y del modo cómo se haga. Así puede ponerse en el momento mismo de la creación si es a favor del librador, de la aceptación si es parte del girado, o bien en el momento del endoso si es a favor de un endosante. Nada obsta el hecho de que se lo ponga posteriormente y a ese fin contribuye la pluralidad de ejemplares de la letra. El aval puede darse por uno cualquiera de los obligados cambiarios por consiguiente puede darse por el girado, por el librador, por un endosante o por otro avalista. Puede haber por lo tanto aval de aval, figura muy discutida en el régimen anterior. Según que el aval se preste al girado u otro obligado, asume respectivamente el carácter de aval principal o de regreso, esto tiene importancia porque determina la responsabilidad del avalista y el modo en que queda obligado. El avalista determina por quién da el aval, y a falta de esta indicación se da por el librador con efecto para todos los obligados o firmantes posteriores al librador como son los endosantes y sus eventuales avalistas.

Uno de los efectos del aval consiste en el hecho de que el avalista queda obligado del mismo modo o como dice la ley en los mismos términos del avalado (art. 34, primer apartado). Se introduce en la relación cambiaria en el lugar y grado del respectivo avalado, sea éste obligado principal (girado aceptante) u

obligado de regreso (librador, endosantes y sus eventuales avalistas). Por consiguiente cuando el aval sea dado por el girado, no debe procederse de excusión contra un obligado de regreso sin excutir no sólo contra el girado sino contra su avalista. Igualmente, si el aval se da por un obligado de regreso-librador, endosante, etc.- el avalista queda obligado en su lugar y puede ser objeto de requerimiento en lugar y aún antes del respectivo avalado, sin que pueda invocar el beneficio de excusión. La acción cambiaria del acreedor y su respectivo derecho contra el avalista mucho depende de la circunstancia de si el avalado es obligado principal o avalado de regreso, no por la responsabilidad que desaparece ante la solidaridad cambiaria que impone el art. 51 sino por el plazo de la prescripción que es de tres años en la acción contra el obligado principal y una año para el obligado de regreso (art. 96 primera parte). La última parte del art. 34 dispone como efecto del aval que: «El avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste». De modo que el avalista del girado aceptante no adquiere derechos cambiarios como consecuencia del pago de la letra sino contra el propio avalado. En cambio el avalista de una obligación de regreso adquiere derechos frente al girado como obligado principal y a su eventual avalista y también frente a los otros obligados de regreso que preceden en el nexa cambiario a su avalado.

Héctor Cámara, en la obra citada, refiere al aval como una garantía típica del derecho cambiario que si bien tiene afinidades con otras responsabilidades cambiarias -aceptación por intervención- su estructura es singular conforme los caracteres del título-valor y necesidades del tráfico. El acreedor cuenta con mayores seguridades y procedimientos más expeditivos y rápidos para hacer efectiva la obligación en beneficio evidente del papel de comercio garantido cuya circulación e importancia es lógicamente mayor cuando más grande sea la confianza de su oportuno cumplimiento.

El viejo Código Mercantil argentino, lo definía como “la obligación escrita que toma un tercero de garantizar a su vencimiento el pago de una letra de cambio” -art. 679-, concepto deficiente, plagado de impropiedades.

Ensayando un concepto señala el autor que constituye una garantía “especial” porque exhibe fisonomía particular distinta de las demás. La garantía cambiaria-no recepticia- es formal, abstracta, autónoma, objetiva pudiendo exigirse por vía ejecutiva al quedar sometida al ‘rigor cambialis’. Formal porque debe ajustarse a las solemnidades legales; abstracta, por la desvinculación con la causa; objetiva porque no garantiza al avalado sino el pago de la cambial a favor de su portador legítimo; autónoma porque subsiste independientemente de la obligación garantizada, salvo ésta se halle viciada formalmente-

Tal criterio se mantiene con mayor razón ante el régimen actual.

Puede ser una garantía limitada o ilimitada porque según la voluntad del avalista puede cubrir total o parcialmente el importe de la obligación cambiaria (art. 32).

Es garantía del pago de la letra de cambio, porque sólo esta obligación puede avalarse, no la aceptación (art.32).

Se presta por escrito al igual que todas las obligaciones cartulares pero no se requiere que conste en el mismo documento pudiendo otorgarse por separado (art. 33).

Cita a Segovia para quien el aval es muy raro porque importando un refuerzo de garantía, aunque beneficie el título, arguye desconfianza en la solvencia del que da esa garantía; no obstante señala el autor que la institución goza de gran predicamento.

Acerca de la naturaleza jurídica del aval como expresa Cámara hay disparidad de opiniones, como en otros actos cambiarios, la doctrina pretendió enmarcarlo dentro de las figuras contractuales clásicas.

El antiguo derecho argentino lo consideraba como una caución más rigurosa que la fianza, pero siempre accesoria y con caracteres peculiares: accesoria, porque según el art. 681 del C. de Com. el que ha firmado el aval puede oponer al portador de la letra todas las excepciones que correspondieren a cualquiera de los deudores principales que ha garantido; con caracteres peculiares como obligación particular e independiente de la que contraen el endosante y aceptante (art. 679, 2ª parte). Todo lo cual llevó a Obarrio a hablar de fianza “sui generis” siguiendo a Massé; la solidaridad no hace convertir la obligación accesoria de la caución en obligación principal. Esa era la posición del derecho francés a partir de Savary: fianza solidaria y obligación accesoria.

La doctrina italiana al principio compartió la misma tesis-Vidari- pero luego caló más hondo el problema ayudada por la mejor estructura del Código Mercantil de 1882, destacando la autonomía del aval que constituye una obligación directa y propia independiente de cualquier otra.

Bonelli adopta una posición extrema rompiendo todo vínculo con la fianza. Para dicho autor, el aval, a pesar de constituir una garantía no es esencialmente accesoria de la obligación de otra persona sino que asume la deuda como propia con carácter impersonal absolutamente objetivo y autónomo, no requiriendo

la validez de la firma avalada garantiza el pago de la letra de cambio, para lo cual, basta su existencia formal, aunque las demás firmas fueren falsas.

Vivante censura esta tesis porque entiende que no es objetiva, extinguiéndose si la obligación del avalado no existe. No cabe garantizar 'il nulla'; por otra parte solo garante los portadores posteriores al avalado, y si éste paga no responde de la suerte ulterior de la cambial. Esta concepción ecléctica no gozó de éxito porque el aval es siempre abstracto, al igual que las demás obligaciones cambiarias; no ha de contener cláusula alguna "de valor" que exprese la causa por la cual se otorga con relación al poseedor de la letra ni tampoco en relación con el avalado.

Navarrini inspirado en la doctrina germana centra el problema, según Cámara, en sus justos términos logrando su teoría concreción en la Ley Uniforme de Ginebra. El aval es obligación de garantía pero de garantía cambiaria. Nada tiene que ver con la fianza donde priva la dependencia con la relación jurídica principal; la obligación del avalista es autónoma en sustancia y accesoria formalmente. El autor destaca el aval como obligación de garantía, y por ende, accesoria presuponiendo la existencia de una cambial válida y perfecta en su estructura; pero la conexión es muy distinta a la fianza por tratarse de una garantía cambiaria, que como cualquier obligación cartular promete el pago en forma autónoma y abstracta, alterando fundamentalmente el elemento accesoriadad. Como obligación cartular es siempre sustancialmente autónoma, pero en cierto modo dependiente por la forma, en el sentido que solo puede correr en una letra de cambio formalmente existente, extrínsecamente eficaz.

Esta elaboración fue recogida por la doctrina más autorizada y por el derecho positivo, así el art. 34 de la ley cambiaria, en su 2ª parte edicta: "La obligación del avalista es válida aun cuando la obligación que ha garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma", conforme a la ley ginebrina. Se trata como expresa el autor de una obligación subsidiaria en cuanto requiere una obligación garantizada "formalmente" válida, pero "autónoma" en cuanto no depende de la suerte de la obligación principal (art. 7º).

Los elementos personales del aval son tres: avalista, avalado y beneficiario, entre quienes se realiza el acuerdo normalmente, a los fines de la emisión o transmisión de la cambial; sin embargo, en algún caso éste puede efectuarse en ignorancia del avalado, aunque el caso es raro en la práctica.

En cuanto a quién puede ser avalista, el art. 32, 2ª parte de la ley cambiaria argentina, siguiendo lo establecido en la Ley Uniforme, establece que puede otorgar esa garantía un tercero o cualquier firmante de la letra. No obstante parecer ilógico que el mismo deudor se constituya garante de su obligación resulta viable cuando el avalista amplía la responsabilidad ya tomada en el documento siempre que ofrezca alguna utilidad. En principio, el aceptante obligado principal y directo nada puede añadir como avalista, otro tanto cuando el endosante avalase al endosatario inmediato. Sin embargo, aún en dichos supuestos podría ser útil el aval: del aceptante, cuando hubiera prestado su conformidad por un importe parcial; del endosante a favor de su endosatario en la hipótesis que el acto de transmisión llevare la cláusula "sin garantía". Con más razón, cuando el obligado cambiario agrave su responsabilidad, como en el caso del librador-obligado de regreso que presta aval por el aceptante adquiriendo el carácter de obligado directo, o de un endosante que avala al librador beneficiando todos los endosantes anteriores a él. En definitiva, el mejor criterio para resolver el problema dependerá de un hecho real: la garantía prácticamente inocua no será admitida ni tampoco prestada, mientras sucederá lo contrario en caso de reforzar el vínculo cambiario.

La ley si bien habla de tercero, en singular, no hay inconveniente que varias personas caucionen un deudor, como puede haber colibradores, coendosantes, etc., así lo reconoce en el art. 59 al referirse a quienes han asumido una misma obligación y en el art. 33 in fine, cuando hay varios avalistas sin indicar los obligados garantizados se entiende lo son por el librador. También un avalista puede garantizar varias personas-colibrados-.

No hay normas especiales sobre la capacidad rigiendo los principios generales de la capacidad para contratar, entendiéndose asimismo el autor que rigen en el caso las restricciones establecidas respecto de la fianza atento a que se trata de una garantía más rigurosa.

Con relación al avalado, conforme al art. 33 in fine, el avalista debe indicar por cuál de los obligados otorga la garantía y ante la redacción del artículo referido no cabe duda que puede darse respecto de cualquier obligación cambiaria. No corresponde por el simple girado extraño al nexo cambiario; salvo bajo la condición de la aceptación posterior. Tampoco para el endosante "sin garantía" por idéntica razón. En cuanto al aval del avalista es admisible aunque no es corriente en la práctica, además el art. 74, 1ª parte, autoriza al avalista a designar una persona para pagar por intervención, que es una situación similar. También puede darse el aval por el librador de la cambial no a la orden o por un endosante que haya prohibido un nuevo endoso, desde que ambos son obligados. En cambio no es admisible el aval del endosante cesionario post-protesto.

La garantía del aval es impersonal resultando su beneficiario indeterminado: cualquier portador del título

valor a su vencimiento o el obligado de regreso que lo abone a aquél. Sin embargo, el aval en documento por separado no constando en el documento es prácticamente a favor de persona determinada.

Con respecto a las obligaciones que pueden caucionarse expresa que no hay acuerdo en la doctrina y en las legislaciones respecto de si el avalista garantiza la aceptación y pago de la letra de cambio y si puede hacerlo respecto de una sola de estas obligaciones. En Argentina, la ley actual no suscita dificultad alguna: el pago de la letra de cambio puede garantizarse por una aval- art. 32 1ª parte-. No corresponde avalar sólo la aceptación, aunque en definitiva el incumplimiento de esta prestación abre el cobro anticipado de la cambial (art. 47). La solución es justa por la distinta situación del avalista a la de los demás obligados regresivos, quienes tienen en su poder el importe de la letra dado por el tomador al librador y al endosante por el endosatario, mientras que el avalista no ha recibido suma alguna, salvo la pequeña retribución que puede haber pactado.

En ningún caso el avalista garantiza la obligación del avalado como afirmaba Fernández frente al Código de Comercio. El avalista no garantiza la obligación fundamental, sólo asume la responsabilidad cambiaria - abstracta-distinta del negocio fundamental.

Como todo acto cambiario, el aval debe otorgarse por escrito, formalidad esencial para su validez- ad solemnitatem-. La ley no lo dice expresamente a diferencia de la anterior y lo dispuesto para el endoso y la aceptación, pero esto se infiere del art. 33. Conforme a dicha norma el aval puede constar en la misma letra o en su prolongación o en un documento separado. También puede correr en la copia según el art. 86.

Se pregunta el autor si el aval por documento aparte es idéntico al otorgado en la letra de cambio. Frente al texto legal que lo acepta sin formular distingos en cuanto a sus efectos entiende que no puede negarse su calidad cambiaria, sin embargo, la responsabilidad de este avalista es 'in personam' obligándose hacia quien ha favorecido y no en beneficio de cualquier portador. Tampoco se transmite por endoso a pesar de la opinión contraria de Geisemberger.

En opinión del autor, el haber mantenido el aval por separado no es un acierto desde que contraría los principios básicos del derecho cambiario, afectando la literalidad y completividad, como la función legitimadora: el derecho no queda incorporado al documento circulando con él. Además, no goza de igual eficacia que el corriente en la cambial; es una garantía 'in personam' y no 'in rem', vinculada a favor del beneficiario que no se transmite de pleno derecho mediante el endoso. También puede generar dificultades en la ejecución; no figura en el acta de protesto, pugnando con el art. 66 inc. 2º que manda reproducir avales y demás indicaciones que contuviese en el mismo orden que figuran en el título. Asimismo, las ventajas de esta forma de seguridad pueden lograrse por otros senderos: mediante endoso en blanco o constando en la copia que retendrá el beneficiario. En cuanto a las letras futuras podrán garantizarse mediante fianza. En virtud de lo expresado, entiende el profesor que debió rechazarse el aval por documento separado.

En cuanto a dónde debe figurar el aval en la cambial la ley argentina, establece que el que indica su calidad mediante la expresión "por aval" u otra frase equivalente puede correr en cualquier parte, pero el aval en blanco -sola firma- debe figurar en el anverso exclusivamente (art. 33, 2ª parte).

Con relación a los requisitos formales del aval debe distinguirse, según conste en el mismo título valor o en documento separado. En el primer caso, la ley declara que puede expresarse por medio de las palabras "por aval" u otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista (art. 33, 2ª parte). Además señalará por cuál de los obligados cambiarios se confiere, pues a falta de esta indicación se considera otorgado por el librador (art. 33, 4ª parte). Asimismo se reputa otorgado el aval con la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuera la del girado o la del aceptante (art. 33, 3ª parte).

La ley prevé entonces, tres supuestos: el aval completo, el aval en blanco y el indeterminado.

El completo, lleva la firma del avalista acompañado de las palabras "por aval" u otra equivalente, indicando la persona del avalado; puede figurar en cualquier parte de la letra de cambio, puede llevar las locuciones "por aval" o cualquier otra similar, incluso para el autor sería válida la palabra "fianza" por importar una garantía. En ese sentido señala que aunque el firmante se obligue como "fiador solidario y principal pagador" su firma vale como aval.

El aval en blanco, otorgado con la sola firma del avalista era aceptado por el derecho anterior en que no estaba sujeto a fórmulas sacramentales, el nuevo estatuto lo acepta explícitamente con la única limitación de que la firma del avalista debe ser puesta en el anverso de la cambial y no corresponder "a la del girado o aceptante". Sostiene al respecto el autor que no se trata, como se ha sostenido, de una presunción legal sino que corresponde a una de las formas en que se otorga sobre el recto; no puede enervarse mediante prueba en contrario. Vale como aval la simple firma puesta en el documento si las circunstancias indican que no es la del librador o aceptante. En caso de ambigüedad de la firma habrá que interpretar el título valor para individualizar si se trata de un aval o colibrador. Puede ser colibrador si la letra está redactada en plural. Al

respecto, con Rossi, entiende que debe indagarse la voluntad real en las relaciones inmediatas e interpretación objetiva frente los terceros. La sola firma del avalista al dorso carece de todo valor ante el rigor legal exigiendo que conste en el recto del documento.

El aval indeterminado - en blanco o con la locución "por aval" u otra equivalente- es aquél que no indica la persona en cuyo favor se presta; la designación es muy importante fijando la posición jurídica del garante. En el derecho argentino, conforme al artículo 33 -última parte- a falta de esta indicación se considera otorgado por el librador. La razón de la presunción es según el autor que la ley ha querido disipar las vacilaciones que plantea la falta de indicación del avalado, lo cual deja librado a los tribunales la decisión valorando la prueba aportada al juicio, procurando descubrir la intención del avalista y si ésta no resulta acreditada, tutelando los intereses que en parecidas situaciones haya considerado el legislador más dignos de amparo. La intención del avalista se logrará, unas veces deducir de las circunstancias del caso, no siendo dato despreciable el lugar de la firma. Otras más complejas, tendrá que inclinarse hacia la liberación del mayor número de deudores. Se trata de una presunción iuris et de iure porque sustituye un requisito formal, no es una regla de interpretación sino integrativa de la omisión del avalista, el texto legal no pueden enervarlo los interesados, las razones de orden práctico esgrimidas en contrario- defensa de la buena fe- no resultan convincentes.

Con respecto al aval en documento separado, expresa que el mismo puede constar en cualquier clase de documento, por ejemplo, una simple carta, lo que no es extraño por la importancia de la correspondencia entre los comerciantes. En cuanto a la posibilidad de que se otorgue en telegrama para el autor-contrariamente a lo sostenido por Obarrio- no es admisible porque en el mismo no consta la firma original del avalista.

El aval en documento separado reproducirá la letra conteniendo la firma del avalista con la cláusula pertinente, por lo menos determinará la causal garantizada evitando dificultades. Debe mencionar el lugar de otorgamiento para juzgar su validez, acarreando la ausencia de este requisito la ineficacia cambiaria. Finalmente, señala el autor, que para la ejecución de este aval debe acompañarse el título valor directamente vinculado a aquél.

En cuanto a las limitaciones en la obligación del avalista, expresa que la tendencia es contraria a las mismas, excepto en cuanto a la cantidad, en ese sentido el art. 32 del Dec.-Ley 5965/63 sólo autoriza al avalista a garantizar "parcialmente" el pago de la letra de cambio, no pudiendo quedar obligado por una suma superior a la del avalado desde que queda obligado en sus mismos términos (art.34).

Con relación a la posibilidad de que el aval esté sometido a condición expresa, la ley guarda silencio lo que fue interpretado por Mossa como autorizando su carácter condicional. No obstante, Cámara lo rechaza por vulnerar la estructura de las obligaciones cambiarias, además porque estando "equiparado" a la obligación avalada (art.34, 1ª parte), endoso, aceptación, etc., mal podría modificar su situación. El aval sujeto a condición determinaría para algunos la inexistencia de la garantía, mientras para otros, la misma sería válida debiendo tenerse la condición por no escrita. Valeri auspicia una solución dual, reputándolo nulo a favor del librador o aceptante, y no escrita la condición cuando se otorga por el endosante, distinción que según Cámara carece de fundamento; para este último el aval condicional es ineficaz no habiendo la ley formulado la salvedad que efectuó respecto del endoso en el art. 13.

Tampoco sería viable la posibilidad de que el avalista pueda agravar su obligación respecto de la del avalado, por ejemplo asentando la cláusula "sin protesto" u otra equivalente cuando la misma no conste en el endoso avalado, porque no asumiría igual obligación que la del avalado. Asimismo responde el autor negativamente a la interrogante que se formula respecto de la limitación en el tiempo de su responsabilidad por el avalista, porque el avalista queda obligado en las mismas condiciones que el avalado; la ley no autoriza modificar los plazos en ningún caso.

En cuanto al término para otorgar el aval, no hay ninguna duda de que puede otorgarse a partir de la creación del título valor hasta su vencimiento, el problema se plantea respecto del aval anticipado o posterior al vencimiento. Respecto del primero, como señala el autor, el aval presupone la existencia de la letra de cambio, la cuestión no puede discutirse en la Ley de Ginebra que exige que conste en ella; pero en los países como la Argentina en que se admite el aval por documento separado la cuestión es diferente encontrándose la doctrina dividida entre quienes niegan su procedencia y los que la defienden. Cámara adhiere a la segunda posición aplicando los principios generales en virtud de los cuales la garantía puede preceder a la obligación principal y conferirse en seguridad de una obligación futura, precisando las cambiales a emitir las cantidades y plazo de las obligaciones. Se trata de un aval sujeto a la condición de existencia del título valor, al menos formalmente.

Por los mismos argumentos admite el aval de una obligación aún no asumida en el documento, por ejemplo de la aceptación antes de la firma del girado; en ese caso la garantía dependerá de que el librado suscriba la cambial.

Con respecto al aval de cambial en blanco estima que debe admitirse, y como es lógico, la garantía resultará eficaz siempre que la letra sea completada oportunamente y conforme a los acuerdos estipulados.

En relación al aval posterior al protesto, la ley argentina sólo manifiesta que el pago de la cambial puede ser garantizado por aval haciendo pensar que mientras no se cancele la obligación cambiaria procede el aval. No obstante, según Cámara no puede avalarse la letra post-protesto porque, así como no circula cambiariamente, tampoco puede añadir nuevas garantías cartulares después del protesto por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para efectuar dicho acto. Cerrada la etapa de vida de la letra nadie puede introducirse en ella. Este vicio de la garantía cartular sólo es eficaz frente a quienes lo conocían pero inoperante para los terceros de buena fe.

En punto a los efectos del aval, señala que el avalista responde igual que la persona por quien otorgó la garantía (art. 34) mas su obligación no es idéntica a la de ésta sino de la misma especie. El avalista del aceptante ocupa el lugar de obligado principal y el del endosante, librador, etc. de obligado de regreso, respondiendo en el ámbito y extensión del avalado-salvo limitación de cantidad -dentro de la literalidad del título valor; por tanto, si éste asumió extracartularmente una obligación mayor resulta indiferente a aquél. Esta obligación es literal, autónoma sustancialmente y abstracta, respondiendo solidariamente con todos los otros deudores cambiarios (art.50) puede ser demandado conjunta o separadamente con ellos. De lo expresado concluye el autor que: a) el avalista a diferencia de los restantes deudores cambiarios elige el grado de su responsabilidad, pudiendo ostentar el carácter de obligado principal o de regreso; b) su obligación en ciertos casos tiene una posición más grave que la del avalado, según el art. 34 es válida aún cuando la de ésta sea nula por vicio sustancial, conforme al principio rector de tutela al portador de buena fe; c) el avalista asume una obligación idéntica a la del avalado pero no a su lado-coobligado-sino sucesivo, como se infiere del art. 34, 3ª parte, confiriéndole acción cambiaria contra éste; d) la obligación es abstracta, al igual que todas las cambiarias, no obstante existir alguna relación fundamental entre avalista y avalado; e) la obligación es autónoma sustancialmente y solo formalmente dependiente de la obligación del avalado; f) en virtud de dicha autonomía, el avalista no puede valerse de las excepciones personales que competen al avalado contra el portador; para accionar; g) para accionar contra el avalista del aceptante no es menester protesto contra éste ni menos contra aquél porque el librador sólo promete hacer pagar por el girado y no por los que responden del mismo modo; h) conforme al art. 49 la desatención de la letra de cambio debe comunicarse al deudor regresivo conjuntamente con su avalista; i) la obligación del avalista del aceptante nunca se extingue por caducidad sino por prescripción; j) la prórroga concedida por el portador para el pago de la letra de cambio no exonera al avalista de su responsabilidad; la concesión de plazo no implica novación; k) pagada la letra de cambio por el avalado se extingue la obligación del avalista; l) el aval ineficaz jamás se degradará-fianza- ni servirá como prueba de obligación extracartular, por su naturaleza de garantía cambiaria típica.

En punto a los derechos del avalista señala Cámara que la ley vigente fija precisamente la situación del avalista que paga la letra de cambio: adquiere los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste (art.34, 3ª parte). El avalista no sucede ni se subroga en los derechos del portador, como piensan Supino -De Semo, gozando de un 'ius proprium' autónomo y originario a igual que el endosante que pretende reembolsar el importe pagado. Aclarando los conceptos expresa que: a) el avalista, como jamás ha sido poseedor de la letra, recién resulta acreedor al momento del pago; b) la situación del avalista es distinta de la que disfrutaba el portador a quien pagó pasando los derechos limitadamente; c) en caso de coavalistas, cualquiera de ellos que pague no tiene acción cambiaria contra el otro u otros sino ordinaria pro-parte, sean simultáneos o sucesivos; d) la posición del avalista es similar a la del endosatario adquiriendo todos los derechos derivados de la cambial; e) para promover la acción de reembolso basta la posesión del documento cambiario por el avalista, ella crea la presunción de propiedad, en caso parcial sólo corresponderá la acción regresiva por dicho importe; f) el avalista de un obligado regresivo pagando la cambial cuya caducidad operó por falta de protesto no puede reembolsarse del avalado y demás responsables; g) extinguida la relación cartular entre avalista y avalado, dispone la acción causal contra éste así como también la de enriquecimiento indebido, dándose los presupuestos.

Para Gómez Leo, en el trabajo citado, el aval es la típica garantía cambiaria del pago de la letra que constituye una garantía adicional pues viene a reforzar las ya existentes en el título; ello es de utilidad en el campo dogmático para superar los inconvenientes que podrían derivar del hecho de que se permite el otorgamiento de avales en instrumento separado. Su naturaleza de garantía adicional no lesiona la literalidad de la obligación cambiaria ni el carácter complejo del documento así como tampoco roza la adecuada tutela de los valores esenciales de la circulación del crédito -certeza, rapidez y seguridad- que los mencionados caracteres protegen. En otras palabras, si el sujeto que recibió la letra de cambio, ateniéndose exclusivamente al texto del título se halla luego con que la obligación documentada en ese título tiene además, garantizado el

pago por un nuevo obligado (v.gr. el avalista) en instrumento separado, tanto mejor, porque así dispone de una nueva garantía (adicional) lo que le permitirá una nueva posibilidad de cobro.

El aval es un acto jurídico cambiario, unilateral, y complejo que se comporta como negocio abstracto y mediante el cual se garantiza objetivamente el pago de la letra. Constituye para el avalista una obligación sustancialmente autónoma pero formalmente accesoria de la obligación avalada que opera como una garantía adicional. Es un acto jurídico cambiario, en razón de su típica naturaleza cautelar presenta características propias que no se debe mimetizar ni confundir con otros institutos análogos del derecho común, por lo que es erróneo encuadrarlo entre las figuras clásicas como la fianza, ni aún con el agregado de «sui generis» (cf. Fernández, III).

Sólo puede extenderse en forma documental para garantizar el pago de títulos cambiarios y queda sometido al rigor cambiario formal, sustancial y procesal.

Como todos los actos cambiarios tiene su fuente en una declaración unilateral, es decir, se origina en la sola manifestación de quien extiende el aval mediante su firma -el avalista- y cuenta, por tanto con las características que informa a estos actos, de modo que es no recepticio, incondicionado e irrevocable.

Es completo, pues si bien la ley admite el aval parcial, la afirmación de su completividad se refiere a que como acto cambiario se basta a sí mismo, dada su naturaleza esencialmente cartular y cambiaria. Esto significa que para determinar su contenido, alcance y eficacia no es posible remitirse a otro documento. Ello resulta de aplicación aún respecto del aval extendido en instrumento separado, el cual es admitido en derecho argentino en el art. 33 ap.1 LC. y debe contar con los requisitos formales esenciales para considerarlo tal, en caso contrario, no vale siquiera como fianza.

Se comporta como negocio abstracto no porque se lo refiera o vincule a otro documento o acto cambiaria que tenga esa naturaleza, sino porque jurídicamente se ha desvinculado de la causa o relación fundamental por la cual se lo extendió. Es decir que sus efectos cambiarios son determinados con prescindencia de las relaciones económicas o negocios extracambiaros que pudieron fundamentarlo y que pueden no existir en la realidad.

Como señala el autor, a diferencia de la fianza la obligación del avalista es objetiva puesto que en rigor se refiere a garantizar el pago de la letra de cambio y no a la persona del avalado y ni siquiera a la obligación avalada; de allí que si la obligación del avalado resulta nula por algún defecto o vicio sustancial (o subjetivo), la obligación del avalista persiste válida y exigible (art. 34, 2º párrafo L.C.). El aval es para quien lo otorga una obligación sustancialmente autónoma e independiente pues como tal guarda prescindencia respecto de las situaciones subjetivas de los demás obligados cambiarios (art.7º L.C.A.). Por su parte, el principio de autonomía se manifiesta además en el hecho de que el portador legitimado que resulte acreedor del importe del título, cuando reclame su pago al avalista no podrá ser enervado en su requerimiento por las posibles excepciones y defensas que pudieran haberse acumulado durante las sucesivas transmisiones del título, ni tampoco las que pudieran surgir -sustancialmente- de la obligación avalada, pues se prescinde de las situaciones subjetivas de los demás obligados cambiarios. La obligación principal no afecta la obligación del avalista pero ésta no resulta exigible por el vicio de forma de aquélla. O sea, la obligación del avalista es, por un lado, accesoria o mejor, subsidiaria, pues su presupuesto indispensable es la existencia de otra obligación que sea formalmente válida y a la cual aquella se refiere; pero, por otro lado, tal obligación es autónoma, como toda obligación cambiaria sustantiva y sigue su propia suerte, independientemente de la suerte de la obligación garantida (del avalado), por eso no sería válido el aval en favor de quien endosó la letra parcialmente, o el dado en favor de quien libró un documento pagadero en cuotas (que no es una letra de cambio) o aquel que pretendió avalar una aceptación dada por instrumento separado que como aceptación no tiene efectos cambiarios.

El aval extendido en documento separado, regulado por la ley cambiaria argentina, no significa una excepción al principio de completividad de la cambial. El carácter esencial de documento completo que tiene la letra, en tutela de los valores esenciales de certeza y seguridad, no se ve perturbado por la existencia de un aval en documento extraño a ella sino que viene a reforzarla.

En cuanto a las obligaciones que pueden avalarse, expresa que toda obligación cambiaria asumida en una letra de cambio que aparezca formalmente válida, puede ser avalada; esto es, se puede avalar la obligación del aceptante, del librador de un endosante, y sus respectivos avalistas. También obligaciones cambiarias documentadas en una letra de cambio en blanco. La eficacia del aval en tal caso quedará sujeta a que se cumpla con la carga del llenado de la letra antes de su presentación en el término del art. 11 de la L.C.. En caso contrario, se producirá la caducidad de la letra y con ella la caducidad del aval que se ha pretendido extender, pues éste supone la existencia de una letra formalmente válida (art. 32). Cita a Supino - De Semo para quienes la validez del aval de la letra en blanco estaría subordinada a que ésta sea llenada pero sería nulo el aval dado

en una letra en blanco firmada por un emitente distinto de aquel para el cual fue otorgado el aval. El autor disiente con esto porque entiende que al portador legitimado sólo puede oponérsele la inobservancia del pacto de llenado, si aquél tuvo conocimiento de ello (art. 11), en caso contrario, tal inobservancia no sólo le es inoponible sino que no puede hacer considerar nulo el aval, pues existe una obligación principal formalmente válida, aunque sustancial e intrínsecamente no lo sea, por haber sido contraída por un sujeto distinto de quien entendió avalar. También es posible extender un aval en favor del girado, garantía que quedará subordinada en su efectividad a que se concrete la aceptación.

En cuanto a los efectos del aval señala que el avalista queda obligado en los mismos términos cambiarios que el avalado, la única restricción a ese principio general está dada por la posibilidad de extender un aval por sólo una parte de la obligación cambiaria avalada (aval parcial), la que está expresamente prevista en el art. 32; debido a ello entiende el autor que no es aplicable en el derecho argentino la posición de Gustavo Bonelli en el sentido de que el contenido del aval podría exceder el del acto cambiario avalado no solo cuantitativamente sino cualitativamente. El límite externo de la declaración del aval en cuanto a su contenido está dado por el contenido de la obligación cambiaria que objetivamente tenga el acto avalado.

Como señaló, el aval puede ser dado en favor de cualquiera de los obligados cambiarios. Se ha distinguido según se lo extienda en favor del aceptante (o su avalista) o de un obligado de regreso (librador, endosante y sus avalistas). Atento al carácter autónomo del aval, en tanto garantía cambiaria, el avalista en el primer caso será sujeto pasivo de la acción directa, y en el segundo, de la acción de regreso. Como tal, en ambos casos podrá reembolsarse lo pagado, en el primero mediante acción directa contra el aceptante o su avalado; en el segundo mediante la acción de reembolso o ulterior regreso contra el avalado y aquellos firmantes que a éste garanticen.

Con respecto a los requisitos formales cita el art. 33 L.C. que edicta que el aval puede constar en la misma letra o su prolongación o un documento separado, debiendo en este caso indicar el lugar donde fue dado. Asimismo que el aval puede expresarse por medio de las palabras «por aval» o de cualquier otra expresión equivalente debiendo ser firmada por el avalista y se considera otorgado con la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o la del aceptante. El aval debe asimismo indicar por cuál de los obligados se otorga y a falta de indicación, se entiende otorgado a favor del librador.

En el caso del aval otorgado en instrumento separado, se requiere: la constancia del lugar de otorgamiento del aval como modo de determinar la validez formal del acto cambiario, en aplicación del principio 'locus regit actum'; la expresión «por aval» o equivalente que identifique precisamente el acto cambiario de garantía (art. 33 ap. 2º LCA) en orden al principio de literalidad; la firma del avalista. Si bien estos son los requisitos legales mínimos, la doctrina en forma unánime ha criticado las falencias de la norma dado que resultan totalmente insuficientes y someten a innumerables peligros a quien lo otorgue en esas condiciones pues no tiene ninguna referencia concreta de la obligación avalada ni del título en que ha sido extendida. Cabe entender que en la práctica será conveniente, por obvias razones de seguridad, agregar la fecha en la cual se extiende y la identificación precisa de la obligación cambiaria avalada en cuanto a su monto, otorgante y título donde se halla documentada. Tales precisiones no excluyen que pueda extenderse el aval respecto de varias obligaciones cambiarias que consten en varios títulos. O, como se acostumbra en la práctica bancaria, extender un aval por cierta suma sin precisar las letras o pagarés a los cuales se refiere, para facilitar de esa forma el descuento de documentos de terceros mediante créditos comunes o rotativos, permitiendo que los nuevos documentos queden avalados cuando se van sucediendo escalonadamente los vencimientos de otros documentos descontados con anterioridad, sin necesidad de que el descontante deba extender un nuevo aval para garantizar las nuevas operaciones.

En materia de vales o pagarés, el art. 103 de la ley cambiaria remite plenamente a las disposiciones en materia de letras de cambio en lo pertinente, siendo aplicables los arts. 32 a 34 debiendo adaptarse el art. 33 ap. 3 y 4 debido a las diferencias existentes entre el vale y la letra en cuanto a que en el primero no existe la figura del girado aceptante.

Luis Muñoz, en la obra referida, señala que el aval es un negocio jurídico unilateral de garantía objetiva y personal y de afirmación de derechos, total o parcial, accesorio y subsidiario, que consiste en una sola declaración de contenido volitivo procedente de una sola parte o esfera de interés llamada avalista, vinculante, dirigida a persona incierta, sin libertad de forma pero sin que ésta sea sacramental, que demuestra o prueba la garantía y afirmación de derechos, constitutiva puesto que crea la garantía y la afirma, dispositiva porque se precisa del documento donde conste para hacer efectivo el aval, y literal y autónomo, abstracto, desde el punto de vista formal y legitimante, ya que por acceder a la letra de cambio reúne los caracteres de ella y en virtud del cual el avalista se obliga eventual, incondicional pero solidariamente en los mismos términos de

aquel por quien se otorga el aval, y en el mismo lugar y grado (art. 34), al pago, por lo que el aval puede ser principal si se avala al girado y de regreso cuando se avala a los obligados de esa índole (art. 32).

Para la jurisprudencia, la condición impuesta al aval determina la garantía cambiaria.

La jurisprudencia italiana entiende que es una garantía objetiva, que es negocio unilateral y el avalante asume una obligación autónoma y abstracta y reconoce su accesoriedad formal.

La autonomía del aval es evidente pues su validez no depende de la validez sustancial de la obligación que garantiza, únicamente un vicio de forma de ésta puede invalidar el aval. También sostiene la doctrina italiana que el aval no es una obligación subsidiaria ni accede a aquella del deudor principal sino que es autónoma.

El art. 32 de la ley preceptúa que el pago de una letra de cambio puede garantizarse total o parcialmente por el aval.

Es evidente, para el autor, que la aceptación no puede avalarse .

El aval se asemeja y diferencia de la fianza sobre todo de la comercial que es solidaria y no admite los beneficios de excusión y división mas requiere interpelación. El aval puede ser gratuito u oneroso según se estipule. La fianza como obligación accesoría, puede no ser válida por la no validez sustancial de la obligación principal y el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones correspondientes al deudor principal. El aval como obligación autónoma es válida aunque no sea válida la obligación del avalado, a no ser que la no validez provenga de un vicio de forma como dice la segunda parte del art. 34, pues el aval es accesorio desde el punto de vista formal y el avalista no puede oponer, dada la autonomía, las excepciones personales oponibles al acreedor de la letra de cambio. Empero no cabe confundir la accesoriedad con la subsidiariedad, aquella tiene que ver con el negocio principal y ésta con la obligación (art. 7°). El aval como garantía objetiva es una obligación cambiaria y está regido por las normas del derecho cambiario. La jurisprudencia italiana entiende que cumple una función de garantía cuyo fin es asegurar el pago de la cambial, por lo que el avalista asume una obligación cambiaria autónoma distinta de la derivada del negocio fundamental. La obligación del avalista es válida aunque la garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

Héctor Alegría en "El Aval" expresa que éste tiene como fundamental cometido desde el punto de vista de la realidad económica permitir la agregación de nuevas garantías aunque quienes las otorgan no participen de la creación o circulación del título. Está destinado a reforzarlo externamente, desde que se trata de un instituto que admite la obligación espontánea de quien desea asumir cambiariamente el papel de garante. Lo particular es que este reforzamiento no está concebido como una consecuencia aneja a la intervención de una persona en la negociación común del documento (como ocurre con las demás obligaciones cambiarias del librador, endosante, aceptante) sino que proviene de la voluntad de un sujeto extraño al acto avalado que se constituye en garante sin haber intervenido en la operación conexa a la obligación que respalda. Por ende, mientras en otros actos cambiarios la garantía está conectada con la creación o circulación del título y deriva como consecuencia natural de su papel principal de obligado en el aval nos hallamos ante un acto de pura garantía donde ésta se muestra como la finalidad particular de la figura analizada.

Lo define como un acto unilateral no recepticio de garantía otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación cartular formalmente válida que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago.

Al establecer que el aval es una garantía cambiaria se hace referencia a la circunstancia de que constituye una obligación cambiaria. Cuando se habla de acto de garantía cambiaria se refiere a aquel que tiene por finalidad principal la garantía despojada de otra función cambiaria. En este sentido es la garantía cambiaria típica.

Como expresa el autor, el carácter cambiario del vínculo tiene consecuencias especiales: crea un vínculo documental necesario que constituye un derecho autónomo, literal, completo y abstracto. Por lo demás interesa distinguir la finalidad institucional de pura garantía que tiene el aval y su utilización o motivación particular en cada caso. Así como alguien puede eventualmente aceptar para instrumentar cambiariamente una garantía común, obviamente, una persona puede avalar con una finalidad individual distinta de dar garantía, sin embargo, las finalidades individuales (motivaciones) del acto quedan fuera de la regulación cambiaria del instituto y no influyen en absoluto sobre los derechos que confiere respecto de terceros. Es que siendo un acto cambiario, es abstracto y en consecuencia, las motivaciones causales quedan fuera del régimen circulatorio. La desvinculación causal conduce también a señalar que no necesariamente el hecho de tratarse de una garantía cambiaria lleva a la conclusión de que el aval es un acto oneroso o gratuito. La abstracción evita que la calidad de la relación de base se trasmita al negocio cartular. Tampoco puede afirmarse que el aval es un acto de favor por el solo hecho de tratarse de una garantía; no toda firma de favor cambiario es otorgada bajo forma de aval (puede serlo por endoso, libranza, aceptación, intervención) y no todo aval lleva consigo una firma de favor.

No resulta óbice para reconocer el carácter de unilateral y no recepticio de un acto el que el C.C. no contenga en particular un tratamiento de esta clase de obligaciones. Por el contrario, no cabe esperar que el legislador civil se decida a incorporarla. El carácter no recepticio excluye todo argumento que brinde apoyo al contractualismo del aval. La obligación del avalista es perfecta, irrevocable e incondicionada desde su origen, sin que tales calidades se adquieran después de ninguna aceptación expresa o tácita.

Al ser un acto cambiario, la obligación generada es abstracta, es decir que en su relación circulatoria prescinde de la causa. Naturalmente que la abstracción no significa acausalidad o ausencia de causa, sino sólo prescindencia para sus fines negociales, esto es, en los vínculos con terceros portadores de buena fe. Como el aval se inserta en el título en una determinada posición, es frecuente concluir que la relación base se materializa entre avalista y avalado. Esa conclusión no es exacta. Por el contrario, la relación fundamental puede establecerse con un tercero sea este portador de la letra o incluso ajena a ella. El aval no es garantía de la obligación del avalista ni de la persona avalada. Ello es así porque incluso puede no existir jurídicamente obligación garantizada (por ser nula por ejemplo) y ser operante el aval sin que se produzca mella en la validez del acto de garantía.

El carácter de garantía personal no está dado por la vinculación personal de avalista y avalado sino que consiste en la agregación de un nuevo sujeto a un vínculo objetivo anterior. En este sentido, se ha dicho que el aval es abstracto hasta de la persona y de la obligación avalada. Con esto quiere referirse a la independencia de la obligación cambiaria respecto de las otras emergentes del título.

Discrepa con Angeloni en cuanto entiende que la obligación es abstracta porque el aval garantiza a su vez una obligación abstracta; sosteniendo el autor que la garantía de una obligación abstracta puede no ser una obligación abstracta por ejemplo, la fianza dada por un deudor cambiario; asimismo destaca que incurre en un segundo error consistente en trasvasar el carácter de abstracto de la obligación avalada a su garantía. Si abstracto es relación entre lo cartular y su negocio base, en su determinación no aparece la obligación avalada puesto que esta obligación no es el negocio fundamental del aval. Bien contesta Bonelli cuando afirma que hasta la fianza es abstracta para un tercero, en el sentido que no le importa por qué motivo se la presta ni la relación entre fiador y deudor principal. La abstracción del aval es pues idéntica a la de las demás obligaciones cambiarias porque él genera precisamente una relación cartular de esa calidad, independiente, distinta, en cabeza del avalista. Tampoco es exacto que se avale el título. La personificación del título como sujeto de los derechos incorporados al documento fue argumento pronto desechado como explicación del fenómeno circulatorio. El defecto inicial de la afirmación es querer buscar algo o alguien a quien avalar. El aval como garantía objetiva no se relaciona con la persona ni con la obligación avalada sino que simplemente constituye una garantía del pago de una obligación que surge objetivamente del documento.

Se trata asimismo de un negocio formal porque la forma requerida por la ley es insustituible por otra y la escritura es fundamental para la constitución del acto.

Es una garantía espontánea porque su única finalidad es la de garantía. En otros actos cambiarios la garantía surge como reflejo esencial o natural sin ser la finalidad principal.

Es independiente de la obligación del avalado. Puede ser parcial. Constituye un derecho autónomo.

Es literal, no es óbice a esta conclusión que pueda darse el aval por separado.

Es comercial desde que conforme al art. 8 del C. de Com. es comercial toda negociación sobre letras de cambio, cheques y papeles negociables o al portador. El aval por acto separado no deja de tener los caracteres de esta garantía cambiaria por ello también es comercial.

Con respecto a la naturaleza jurídica del aval, la doctrina francesa que siempre vinculó la letra de cambio con el contrato de cambio o el negocio fundamental a través de la regulación de la provisión de fondos, le atribuye naturaleza contractual. En ese sentido señala Geisemberger que se trata de una oferta irrevocable de pago con vigencia desde que es exteriorizada mediante la firma en el título; la obligación no es útil o eficaz sino mediante la manifestación del acreedor de aceptar la oferta.

La conceptualización del aval como fianza es muy antigua e incluso fue receptada en muchas legislaciones.

También se ha sostenido que se trata de una fianza «sui generis» expresión que para el autor no dice nada.

Por la doctrina alemana e italiana se ha sostenido que se trata de una garantía materialmente independiente y formalmente accesoria. No se trata para ellos de una fianza que es un tipo de garantía personal diferente, sin embargo como la ley exige que el aval esté vinculado a una obligación formalmente existente entienden que ello implica una accesoria formal que en nada trasmite sus efectos a lo material de la obligación que es cambiaria y por tanto independiente.

También se ha sostenido por parte de la doctrina alemana del siglo pasado que el aval es una nueva libranza o nueva aceptación o nuevo endoso. Esta posición considera que el aval toma la calidad de la obligación cambiaria que garantiza.

Otra posición entiende que es una garantía objetiva del pago del título sin vinculación de la obligación con la avalada salvo en cuanto a la existencia formal de la misma.

La moderna doctrina entiende que es una garantía cambiaria típica. Esta posición que en parte recoge el criterio de la accesoriadad formal y el de la garantía objetiva destaca el carácter cambiario de la obligación del avalista desvinculado de la obligación avalada, abstracto y literal y que confiere al portador un derecho autónomo.

Destaca Alegría como diferencias fundamentales entre el aval y la fianza las siguientes:

a) El aval solo puede garantizar obligaciones cambiarias (art. 32 LC.). La fianza puede recaer sobre obligaciones de cualquier tipo (1993 C.C.).

b) El aval es un acto formal que debe constar por escrito en la letra o fuera de ella (art. 33 LC). La fianza es un acto no formal puede contratarse por cualquier forma pero negado en juicio debe probarse por escrito (2006 CC

c) El aval es siempre comercial(art. 8 inc.3 C.de Com.) la fianza sigue la calidad de la obligación garantizada (478 C. de Com.)

d) El avalista se convierte en deudor cambiario, por ello queda obligado con solidaridad de ese tipo frente a todo portador (arts. 34 y 51 LC) ; el fiador es deudor común pudiendo serlo con obligación subsidiaria y simplemente mancomunada o bien como obligación solidaria -en casos especiales en la fianza civil y naturalmente en la comercial-

e) El ejercicio de la responsabilidad contra el avalista no requiere excusión ni interpelación judicial previa al avalado (art. 50); en la fianza civil existe el derecho de excusión previa del deudor principal y aún de los otros cofiadores, en la fianza comercial no se otorga el beneficio de excusión pero el acreedor debe interpelar judicialmente al deudor principal en forma previa.

f) En el aval no existe beneficio de división (art. 50 LC) ; la fianza civil admite este beneficio en la fianza no solidaria

g) La nulidad o anulabilidad de la obligación avalada, que no provenga de vicios de forma no afecta el aval (art. 34 2º par. LC); esos vicios afectan la fianza haciéndola nula o anulable

h) El avalista no puede valerse de las excepciones personales de su avalado , su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo; el fiador puede valerse de todas las defensas del deudor garantizado aún en contra de la voluntad de éste.

i) La obligación del avalista es directa e independiente (arts. 7, 34 y 50) y la del fiador es accesoria (1986, 1994, 2004, 2020 C.C.).

j) El avalista que paga tiene derecho cambiario contra el avalado y los que responden frente a éste, ello importa el ejercicio de un derecho autónomo y literal como legítimo portador del título y sus deudores son solidarios (art. 34 parte final) ; el fiador deviene acreedor por subrogación (art. 2029 C.C.) y su repetición puede obstarse si dejó de oponer excepciones que correspondían al deudor principal (arts. 2034 y 2035).

k) El aval no puede estar sujeto a condición (principio del art. 32) la fianza puede contenerla

l) El aval no puede retractarse (art. 51 LC), el fiador puede hacerlo cuando no aceptó su oferta o se trata de operaciones futuras en ciertos casos (arts. 1986, 1987, 1990 C.C.).

ll) El aval debe referirse a operación cambiaria determinada (aún cuando se otorgue en conjunto para varios documentos, arts. 32 y 33); la fianza puede referirse a operaciones futuras e indeterminadas, hasta un monto cierto o incierto (1998 C.C.)

m) En ciertas circunstancias la ley presume la existencia de aval (cuando la sola firma consta en el anverso sin ser la del librador o aceptante, art. 33); la fianza no se presume

n) El avalista no tiene derecho a ser relevado de la garantía ; el fiador puede ser exonerado de ella (arts. 2025 C.C., 482/3 C. de Com).

ñ) El aval se constituye sólo por la declaración cartular (33 LC.); la fianza puede tener origen convencional, legal o judicial (1998 C.C.)

o) Si el avalista quiebra no puede requerir se le presente otro en su lugar; en tal caso, en la fianza se puede pedir otro fiador (2001 CC) .

En cuanto al momento en que puede otorgarse el aval señala el autor que la ley no contiene disposición alguna sobre el término en que válidamente puede avalarse un título de allí que quepa concluir que puede efectuarse en cualquier momento útil posterior a la creación de la letra. El deudor cambiario avalado sigue teniendo tal calidad y en consecuencia se da la base formal obligatoria como para asentar sobre ella la garantía cambiaria. El acreedor posterior al vencimiento es un acreedor cambiario, de allí que pueda recibir un refuerzo de su garantía mediante una nueva obligación cambiaria que no implique poner en circulación el documento. El título se extingue cambiariamente con su satisfacción por el último obligado sin derecho a reembolso. Mientras tanto sigue produciendo efectos cambiarios por ello puede avalarse. El avalista siem-

pre responde en defecto de otro obligado formalmente por el mismo título. En consecuencia, su garantía de pago siempre supone el incumplimiento objetivo del acto debido por la persona designada por la ley para cumplirlo. De ahí que no es incongruente que se admita el aval cuando ese incumplimiento ya se produjo sin que ello desmerezca el título ni configure el aval como obligación subsidiaria o accesorio. Distinto es el caso del aval respecto de una obligación posterior al vencimiento, por ejemplo, de un endoso posterior al protesto, es evidente que el mismo ni hace al trasmittente obligado cambiario porque se producen los efectos de la cesión y ella no constituye al cedente en obligado.

Resulta de particular interés el análisis que efectúa el autor respecto de la posibilidad de otorgar aval respecto de una letra futura, tema que obviamente sólo se plantea en las legislaciones como la argentina que admite el aval por documento separado. Como argumentos a favor destaca que se trataría de una obligación asumida bajo condición suspensiva supeditada a la creación efectiva de la letra; supletoriamente se aplica el art. 1988 del C.C. que admite la fianza de una obligación futura y finalmente que la utilizan los Bancos para garantizar operaciones continuadas con sus clientes. En contra se ha señalado que el aval por separado es una figura que debe desaparecer debiendo mientras tanto limitársele en su aplicación; que como figura cambiaria el aval es de derecho estricto por lo que al no estar expresamente autorizado el aval de letra futura, no está permitido; para evitar fraudes deben especificarse los límites en los cuales el aval debe ser utilizado; si se avala un título y no una obligación, si el título no existe, no se puede avalar; no existe ninguna obligación cambiaria que pueda darse respecto a una letra a crearse; sería accesorio a la obligación avalada y además que se crearían dificultades de interpretación y en el regreso cambiario.

Señala el autor que la posición del avalista respecto del portador del título es, en cuanto a la circulación y efectos, el tópico de mayor importancia cambiaria.

La obligación que surge del aval es cambiaria, en consecuencia el avalista asume una obligación cartular propia, independiente, abstracta, autónoma y literal. Este carácter impide considerar la obligación del avalista como accesorio. El avalista queda obligado personal y principalmente frente al portador, sin poder exigir de éste interpelación al avalado, su excusión o división previas. El principio tiene tal extensión que hasta la propia ley admite que pueda existir aval válido y operante sin obligación cambiaria, incluso, el aval, en algún caso, puede continuar subsistiendo después de haber cesado el vínculo del avalado (por ejemplo prescripción si hubo un acto interruptivo para el avalista y no para el avalado). La obligación del avalista es también abstracta de forma que el tercero portador de buena fe no está sujeto a la relación causal por la que prestó el aval ni a las relaciones extracartulares existentes entre avalista y avalado. Por la autonomía además es inmune a las defensas personales relativas a anteriores portadores del título.

Como afirma Alegría, algunos autores sostienen que el avalista es siempre un obligado de regreso. La ley argentina junto con la de Ginebra y otros ordenamientos atiende al contenido de la obligación para calificarla como directa o de regreso, en consecuencia, el avalista es obligado directo cuando avala al aceptante y de regreso, cuando avala al librador, endosante y demás obligados. El art. 4° L.C. lo dispone expresamente. La razón es sencilla, se basa en que el avalista toma de su avalado el contenido objetivo cartular de su obligación. Entonces, si la diferenciación de la acción directa y de regreso reside en el contenido, no queda duda que siendo directa la que se sigue contra el aceptante, lo es también la que corresponde contra su avalista; y al ser de regreso las restantes, los son también las de los posibles avalistas de esas obligaciones. No obstante haber sido adoptado este criterio por la casi unanimidad de la doctrina y jurisprudencia post-ginebrina, destaca que Bracco insiste en sostener el carácter de obligado de regreso del avalista en todas las circunstancias.

Como obligación cambiaria que es, el aval puede ser invocado por todos los portadores de buena fe del título, esto es los portadores de la letra aunque resulten tales por un acto anterior al aval mismo, los obligados posteriores que ejerzan el reembolso.

La solidaridad a que está sujeto el avalista participa de los caracteres de la solidaridad cambiaria por ello no resulta admisible la excusión, división o interpelación previas respecto del avalado. La doctrina francesa entiende que es factible la dispensa de la solidaridad o la reserva de la excusión o división por cláusula cambiaria del avalista. Alegría, al igual que Cámara- como se estableció- tiene la posición totalmente opuesta desde que si se admite esta actitud al avalista cabría admitirla a los otros obligados :aceptante, librador o endosante.

El avalista que ha pagado tiene los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste (art. 34 último párrafo). La calidad de la acción es cambiaria, el reembolso corresponde de la misma manera que cuando es cualquier otro obligado cambiario el que paga. De no existir relación causal únicamente se admiten las excepciones cambiarias comunes no pudiéndose poner las que tenía el avalado contra el portador anterior. El avalista entra en la relación con igual contenido externo que la obligación avalada pero no es coobligado ni lo liga la misma relación cartular que la asumida

por su avalado, es un obligado posterior. De allí que el avalado no pueda dividir su responsabilidad con el avalista y que responda íntegramente frente a éste. La ignorancia de la existencia de aval no le excusa de responder ni le otorga excepciones.

En nuestro país, Pérez Fontana en "Títulos- Valores Obligaciones Cartulares"- T. II, expresa que la disciplina del aval en nuestro derecho está en los arts. 15 a 20 del Dec.-ley 14701 que siguió al proyecto INTAL que a su vez sigue a la Ley Uniforme de Ginebra sobre letras de cambio. La doctrina en forma unánime señala la función unívoca de garantía del aval lo que ha llevado a calificarlo como garantía objetiva. Este calificativo fue criticado por la doctrina italiana, entre otros por Angeloni y Vivante, fundándose en la naturaleza fidusoria del aval. Vivante en el tomo III de su Tratado de Derecho Comercial, fundó su crítica en que el aval cae si la obligación del avalado es inexistente y en que el aval solamente garantiza obligaciones posteriores a las del avalado. El calificativo de garantía objetiva entendido como garantía del pago de la obligación contenida en el título valor no es admisible porque el avalista sólo garantiza el pago a los que intervienen en la circulación con posterioridad a su prestación pero no a los anteriores tenedores. Así si el aval es prestado por un endosante c) no garantiza el pago de los endosantes a) y b) sino a los endosantes posteriores a c). El aval es una garantía que originariamente no forma parte del nexo normal cambiario en el que se inserta indirectamente y de reflejo, asimilando su contenido al de la obligación cuyo pago se garantiza, más precisamente a la del avalado. Es por eso que la doctrina sostiene que entre el avalista y el avalado no existen relaciones cambiarias hasta el momento en que el avalista paga la letra y adquiere el derecho a reclamar del avalado y de los otros obligados el reintegro de lo que pagó.

También la doctrina francesa admite la función de garantía del aval y como la misma en forma mayoritaria entiende que el aval es una fianza y así lo sostienen algunos autores italianos como Angeloni, destaca Pérez Fontana las diferencias que existen entre ambas en nuestro derecho positivo :

a) El aval sólo puede garantizar obligaciones cambiarias (art. 15 Dec.-Ley 14701), la fianza puede recaer sobre obligaciones de cualquier tipo, civiles o comerciales (arts. 210 C.C. y 603 y 607 del C. de Com.)

b) El aval es un acto formal, debe constar por escrito en el título, letra de cambio, vale o pagaré, cheque (art. 16 Dec.-Ley 14701), la fianza es un acto no formal, si es negada sólo puede probarse por confesión o por escrito (arts. 2107 C.C. y 605 C. de Com.).

c) El aval es siempre un acto unilateral, la fianza puede ser convencional, legal o judicial (arts. 2103 C.C.).

d) El aval es siempre comercial (art. 7 num.3 C. de Com.); la fianza puede ser comercial o civil, según la naturaleza de la obligación que garantiza;

e) El avalista es siempre un deudor cambiario y por ello queda obligado solidariamente con los otros signatarios del título valor frente al tenedor (art. 105 Dec.-Ley 14701), el fiador es un deudor común, pudiendo serlo sólo subsidiariamente (art. 2117 C.C.). En la fianza comercial, la obligación del fiador es solidaria sin poder invocar el beneficio de división ni el de excusión (art. 611 C. de Com.).

f) En el aval no existe el beneficio de división y excusión, en la fianza civil sí (art. 2118 C.C.)

g) El aval garantiza obligaciones cambiarias formalmente válidas. La nulidad sustancial de la obligación del avalado no afecta a la obligación del avalista. La nulidad sustancial de la obligación afianzada hace caer la obligación del fiador.

h) El avalista no puede hacer valer las excepciones personales del avalado porque su obligación es independiente; el fiador puede hacer valer las excepciones personales que resulten del contrato pero no las puramente personales correspondientes al deudor (art. 2115 C.C. y 612 C. de Com.).

i) La obligación del avalista es independiente de toda otra obligación cambiaria, la obligación del fiador es accesoria de otra obligación (art. 2102 C.C. y 607 C. de Com.)

j) El avalista que paga tiene acción cambiaria contra el avalado y los que responden frente a éste; su derecho es independiente o como se dice autónomo y literal como legítimo tenedor del título; el fiador que paga queda subrogado en todos los derechos que tenía el acreedor contra el deudor principal (art. 2132 C.C. y 614 C. de Com.).

k) El aval no puede estar sujeto a condición, la fianza sí.

l) En ciertas circunstancias la ley presume la existencia del aval (cuando la sola firma sin otra indicación consta en el anverso del título conforme al art. 16 del Dec.-Ley 14701; la fianza no se presume (art. 2107 C.C.)

m) El avalista no tiene derecho a ser relevado de la garantía, el fiador puede pedir que el deudor lo releve de la obligación (art. 2128 C.C.)

La obligación que contrae el avalista es independiente de la que contraen las demás personas que intervienen en la creación y circulación del título valor. La posición y responsabilidad del avalista están establecidas en el art. 18 del Dec.-Ley 14701 que dispone que el avalista quedará obligado en la misma forma que correspondería formalmente al avalado. De esta disposición dependen los límites de conexión o de

coordinación entre la obligación del avalado y del avalista. El avalista no asume la misma figura del avalado sino que aún cuando está obligado del mismo modo no lo sustituye. Así entiende el profesor que el avalista del aceptante no se convierte en obligado principal.

El pago de la letra por el avalista -siempre que el aval no sea dado por el librador- no puede considerarse como un pago ordinario sino un pago a título de garantía que no extingue la letra pero determina la adquisición por el avalista de los derechos cambiarios frente al avalado.

La obligación del avalista es conexas con la contraída por el avalado. No es accesorio desde que la obligación del avalista es válida aún cuando la del avalado no lo sea.

La conexión o como dice la doctrina, la accesoriedad formal de la obligación del avalado y del avalista no pasa a la contraída por este último. La obligación del avalado determina la forma y los límites de la obligación del avalista, el que puede modificarla en cuanto a su obligación, obligándose por una suma menor, nunca mayor. Es por eso que la responsabilidad de la obligación de garantía contraída por el avalista puede ser definida como una responsabilidad de posición. La fórmula utilizada en el art. 18 citado no indica una relación de accesoriedad sino la posición que asume el avalista en el nexo cambiario. La indicación «en los términos que corresponderían al avalado» no está hecha para indicar que el aval es dado en garantía de una obligación cambiaria determinada, la del avalado, está hecha simplemente para establecer la posición y el grado de responsabilidad del avalista.

La responsabilidad del avalista, aún siendo cambiaria, está encerrada dentro de ciertos límites fijados por la conexión entre la obligación asumida por el avalista con la contenida por otra obligación cambiaria y por los términos en que se obliga el avalista. La conexión con la obligación contraída por el avalado determina una limitación de la contraída por el avalista. Así, la obligación contraída por el avalista con el endosante D) determina que responda por la obligación contraída por ese endosante y los sucesivos pero no con la contraída por el librador y los endosantes A), B) y C).

Los términos en que se constituye el aval ponen un límite a su obligación. Cuando se dice que el avalista asume una responsabilidad cambiaria, que responde por la obligación consignada en el título es necesario precisar que su responsabilidad está referida al contenido y dentro de los límites en los que el avalista la contrae.

En cuanto a la naturaleza jurídica del aval, el autor adhiere a la posición de la moderna doctrina italiana y alemana. Así señala que siendo una declaración cambiaria por su naturaleza no puede ser distinta a las demás declaraciones cambiarias, es decir un acto unilateral.

La parte final del art. 16 de la ley dispone que la simple firma puesta en un título cuando no se le pueda atribuir otro significado se tendrá por aval. En este sentido difiere de la ley argentina, francesa e italiana desde que se refiere a la sola firma puesta en el anverso o en el reverso mientras en el sistema ginebrino lo hace a la sola firma puesta en el anverso.

En cuanto al lugar donde debe escribirse el aval, deberá constar conforme al art. 16 en el mismo título o en hoja adherida a él, tanto en el anverso o en el reverso. La ley vigente a diferencia de lo que disponía el art. 873 del C. de Com. no permite el aval por separado lo que se justifica según el autor porque esa forma de aval contraría el principio de literalidad de los títulos valores.

Con relación a quién puede dar aval, nuestra ley no contiene ninguna disposición expresa al respecto por eso en principio cualquier persona capaz de obligarse cambiariamente, sea un tercero o un firmante del título, puede ser avalista.

En cuanto al contenido del aval el principio general está en el art. 18 de la ley que establece que el avalista queda obligado en los mismos términos que corresponderían formalmente al avalado. El art. 15 asimismo establece que mediante el aval se podrá garantizar, en todo o en parte el pago de un título valor de lo que se deduce que el límite de la declaración del aval en cuanto a su contenido, está dado por el contenido de la obligación cambiaria que objetivamente tenga el aval. El avalista no asume una posición obligacional subjetiva sino el contenido de la obligación cambiaria exclusivamente, una garantía de las relaciones cartulares del avalado. Estima el autor nacional que no es admisible la opinión de Bonelli quien partiendo de su concepción de la independencia del aval sostenía que el contenido del aval podía exceder el del acto avalado y que podría tener contenido el aval aunque no existiera una obligación cambiaria completa a avalar como es la del girado no aceptante o la de un endosante sin garantía.

Como el aval es una garantía queda vinculado a la obligación garantizada haciendo que la obligación del avalista tome las características especiales de la obligación avalada de acuerdo con su apariencia formal y por ella se juzgará su contenido. El avalista puede incluir válidamente en su declaración algunas cláusulas como la que limita la cantidad por la que se obliga; la cláusula sin protesto, o sin gastos u otra equivalente. En cuanto a la posibilidad de que el avalista pueda limitar su obligación respondiendo solamente ante una persona o

personas determinadas, esta cláusula admitida por el C. de Com. no fue reproducida por la LTV por lo que concluye que no puede ser admitida.

Conforme al art. 20 de la LTV el avalista que paga adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título. El avalista no es un sucesor de su avalado ni tampoco se subroga en los derechos del portador. Adquiere su derecho por imposición de la ley desde que su obligación es independiente. Sólo adquiere los derechos cambiarios cuando paga la letra que en ese caso se le devuelve; en ese sentido está equiparado a los endosantes cuando pagan por no haberlo hecho el librador o aceptante. Puede exigir de su avalado y los demás obligados anteriores el reembolso de lo pagado, intereses, gastos, mediante la acción ejecutiva en la cual el demandado sólo puede oponer las excepciones previstas en el art. 108 de la L.T.V. No le son oponibles las excepciones personales que podrían corresponder al avalado porque el avalista no es un fiador.

En materia de cheques, señala el autor en el tomo IV-1 de "Títulos Valores- Obligaciones cartulares", que el aval está poco de acuerdo con la función de pago que desempeña este título valor. Pese a que no está previsto en la ley de cheques entiende el autor que es admisible el aval en el cheque y que en los pertinente se regirá por las disposiciones de la ley de títulos valores (arts. 15 a 20).

Beatriz Bugallo en el trabajo citado, señala que el aval es el instrumento típico de garantía de los títulos valores. Tiene como objetivo económico reforzar la confianza en el cobro del título valor agregando la responsabilidad de un sujeto extraño a la creación y circulación del título valor. Etimológicamente deriva de la expresión latina « a valere » o « de valere » que significaba garantizar el acto en cuestión. Se trata de un acto unilateral y no recepticio, siendo una declaración incondicionada, irrevocable y que obliga por la sola manifestación externa de su existencia jurídica ante cualquier poseedor determinado o determinable. Participa de los caracteres comunes generales de los títulos valores siendo calificable como acto literal, autónomo y abstracto. Según el art. 18 el avalista queda obligado aunque la obligación del avalado no sea válida, consagrando expresamente la autonomía de la obligación con relación al avalista. Se trata además de un acto solemne, consistiendo dicha solemnidad según el art. 16 en que deberá constar en el título mismo o en hoja adherida a él. No obstante esa calificación de solemne expresa la profesora que hay libertad de expresión de la forma escrita requerida pudiendo consignarse la expresión « por aval » u « otra equivalente ». Puede ser avalista cualquier persona capaz de obligarse cambiariamente sea tercero o firmante del título. El aval no puede ser limitado en su duración pero sí en cuanto a la cantidad. Además se establece en la ley que la firma puesta en el título cuando no se le pueda dar otra significación se tendrá como firma del avalista.

El avalista garantiza el pago del título valor de modo que si el obligado no paga, el pago puede ser requerido al avalista. En caso de tratarse de letra de cambio, vale o cheque la responsabilidad del avalista será solidaria por aplicación del art. 105. El art. 19 establece que a falta de designación de la persona a quien se avala se entenderán garantizadas las obligaciones del suscriptor que libere mayor número de obligados. De esta forma, toda firma que indique que se trata de un avalista o que se atribuya tal función y no tenga la indicación expresa de la persona garantizada se considera, en la letra de cambio, avalista del aceptante o en caso de no haberlo, del librador; en el vale, del librador y en el cheque también del librador.

El art. 20 dispone que el avalista que pague adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última en virtud del título. Como señala la autora se ha planteado jurisprudencialmente la extensión al avalista de la responsabilidad frente a la acción causal derivada de la relación fundamental. La jurisprudencia ha rechazado dicha pretensión considerando que el aval es garantía típicamente cambiaria por lo que es ajeno a las relaciones extracartulares. Así como el portador del título no tiene acción causal contra el avalista, tampoco éste puede oponer excepciones contra el tenedor que hagan referencia a la relación causal por ser extrañas a la vinculación entre portador y avalista.

Finalmente cabe citar con relación al aval y la fianza, a José Ferro Astray en " El aval y la fianza- Semejanzas y diferencias " (A.D.C.U. 11) quien expresa que ambos institutos pertenecen al género de las garantías que tienden a asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas, pero la similitud dista mucho de significar equiparación, limitándose la correspondencia a una analogía que sólo en determinados casos permitirá colmar vacíos legales por vía de normas supletorias.

Luego de hacer un completo análisis de las diferencias entre ambos concluye que el aval es únicamente garantía cambiaria y debe estar incorporado al documento, su naturaleza jurídica es diferente a la propia de la fianza porque si bien puede ser considerada como accesoria, en cuanto presupone la existencia formal no real de una obligación, es de carácter objetivo, autónoma e independiente respecto de la obligación que garantiza, la que incluso puede no ser válida o extinguirse sin que ello afecte la vigencia del aval. La fianza, por su parte, mantiene la tradicional condición de contrato accesorio de garantía personal, asegurando el

cumplimiento de obligaciones de dinero, cualquiera sea su origen, inclusive cambiario. Aval y fianza son como enseña el autor institutos diferentes con notorias similitudes y diferencias pero perfectamente identificables que actúan en planos diferentes aunque con idéntica finalidad de garantía.

III) GARANTÍAS EXTRACARTULARES

A) PERSONALES - FIANZA

Uría en la obra citada expresa que el C. C. la define como aquel contrato en que «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste» art. 1822. El fiador se obliga a cumplir la obligación subsidiariamente o en defecto del pago o cumplimiento del deudor principal y el contrato es unilateral y accesorio. Esa accesoriedad es la que permite diferenciar la fianza mercantil frente a la civil que recoge el art. 439 según el cual será reputado comercial todo afianzamiento que tuviera por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aún cuando el fiador no sea comerciante. A diferencia de la fianza civil que no requiere formalidad alguna (art. 1827 C.C.) la mercantil deberá constar por escrito sin lo cual no tiene valor ni efecto (art. 440 C. de Com.). El objeto de la fianza es el mismo que el de la obligación principal garantizada, no puede ser distinto ni más extenso, aunque por el art. 1862 C.C. puede obligarse por menos.

Constituida válidamente produce una serie de efectos. En relación con el acreedor obliga al fiador a pagar o cumplir la obligación principal de no hacerlo el deudor. Se concede al fiador el beneficio de excusión y el de división. El primero permite al fiador exigir del acreedor que antes de dirigirse contra él ejecute previamente bienes del deudor (art. 1830 C.C.). El segundo se da en el supuesto de pluralidad de fiadores para permitirles la división de la obligación entre todos ellos sin que el acreedor pueda reclamar a cada cofiador más que la parte que le corresponde (art. 1837 C.C.). Estos beneficios no corresponden cuando la obligación es solidaria y en base a esto y a la presunción de solidaridad de las obligaciones en la contratación comercial la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró que en los afianzamientos comerciales no puede ampararse el beneficio de excusión.

Héctor Cámara, en la obra citada expresa con relación a la utilidad de la fianza que la obligación cambiaria como cualquier otra de vencimiento aplazado corre el peligro del posible incumplimiento, por ende, tratándose de una operación a corto plazo conviene cubrir ese riesgo con la garantía personal de terceras personas. El tipo corriente es la fianza, creando una pluralidad de nexos jurídicos entre los obligados a la misma prestación asegurando el cumplimiento por cualquiera de ellos.

Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorio (art. 1986 C.C. argentino), aunque el mismo cuerpo legal admite la constitución unilateral antes del consentimiento por el acreedor (art. 1987).

La fianza es mercantil cuanto tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante (art. 478 C. de Com.) receptando un criterio objetivo. En consecuencia, la fianza de cualquier obligación cartular es siempre comercial-art. 8 inc.4° C. de Com. ..

Con respecto a los caracteres de esta garantía personal de la obligación cambiaria destaca: A) Constituye una caución extracartácea generalmente no otorgada a favor del portador del título-valor sino a persona discernida, no circulando con éste. Sin embargo, nada impide que se confiera en beneficio de un sujeto indeterminado siempre que sea definido al hacerse valer. B) Es accesorio de otra obligación principal válida-librador, endosante, etc.-salvo que la causa de la nulidad fuera alguna incapacidad relativa al deudor, en cuyo caso responderá como único obligado (art. 1994 C.C.), en consecuencia la nulidad o extinción de la obligación cambiaria afecta la garantía personal. C) Como fianza comercial no es subsidiaria- fianza simple- no goza del beneficio de excusión ni de división, salvo cláusula expresa en contrario; responde solidariamente con el deudor principal, pudiendo exigir el acreedor justifique que interpeló judicialmente al deudor (art. 480 C. de Com.). La solidaridad no quita al fiador su carácter de accesorio, ni lo convierte en deudor directo de la obligación-art. 2004 C.C.-. Distinto es el supuesto en que el fiador se constituye en liso y llano pagador y obligado solidariamente como deudor principal, donde hay adhesión de deuda o consunción de deuda; esto tiene lugar cuando junto al deudor otro sujeto asume como propia la deuda de aquél, de manera que quien se adhiere no toma a su cargo una obligación accesorio, sino que quiere responder como si hubiera contraído personalmente la obligación. A tal efecto la jurisprudencia exige que la voluntad del garante se manifieste clara y sin ambigüedad.

En cuanto a la forma de la fianza cambiaria, expresa el autor que conforme al art. 2006 C.C. hay libertad de forma, pero negada en juicio, es menester prueba escrita.

Respecto de la posibilidad de afianzar obligaciones cambiarias futuras, señala el autor que no hay duda que la fianza, aunque accesoria, puede preceder la obligación principal (art. 1988 C.C.); aquélla tiene un objeto especificado aunque el crédito futuro es incierto y su importe indeterminado, cobrando eficacia desde que exista la obligación principal. Esto resulta corriente en la práctica bancaria local.

En cuanto a la posibilidad de retractación prevista para la fianza civil, no es aplicable a la comercial en virtud del art. 482 del C. de Com.

Con relación a la medida en que responde el fiador cambiario, señala el profesor que depende de la obligación asumida-tiempo, cantidad, obligaciones futuras-, aunque tutelando la ligereza del fiador se tiende a invalidar la caución por obligaciones futuras que no contengan un tope de la cantidad garantizada.

Entiende asimismo que el fiador responde también por los intereses desde que lo principal comprende lo accesorio. El art. 1997 del C.C. edicta que si la fianza fuere del principal o expresare la suma de la obligación principal, comprenderá no solo la misma sino también los intereses estipulados o no. En cuanto a las costas del juicio contra el deudor principal, no constituyen un accesorio del principal y por tanto escapan a la garantía.

Respecto de si corresponde promover acción ejecutiva respecto del fiador de la obligación cambiaria, no siendo deudor cartular, sostiene el autor que no tiene aplicación el art. 60 del Dec.-Ley 5965/63, ni el portador dispone de acción cambiaria, pero conforme las normas rituales responde afirmativamente siempre que contenga suma líquida y exigible contra el deudor principal y se prepare la vía ejecutiva contra el fiador mediante reconocimiento del compromiso asumido. Ambos documentos dejan expedita la 'vis ejecutiva' contra el fiador.

En cuanto a la posibilidad de cobrar anticipadamente la cambial en los casos del art. 47 inc. b del Dec.-Ley 5965/63 contra el fiador se generaron opiniones divergentes en la doctrina ya que la 'fideiussio' no es una relación cartular; su obligación es distinta de la del deudor y no puede agravarse por un hecho extraño. Sin embargo, garantizando una deuda "cambiaria" debe soportar esa eventualidad que no ignora al asumir la caución. El autor responde afirmativamente.

Respecto de las excepciones que puede oponer el fiador contra el portador de la cambial, rige en el régimen argentino el art. 2004 del C.C. que establece que la solidaridad a la cual el fiador puede someterse no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal; y que la fianza solidaria queda regida por las reglas de la fianza simple, con excepción de la privación del beneficio de excusión y la división. Por tanto rige el art. 2020 que edicta que aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al acreedor todas las excepciones propias y las que podría oponerle al deudor principal en la fianza simple, excepto solamente aquellas que se funden en la incapacidad. Dicho principio no rige cuando el fiador se obligó como principal pagador porque es deudor directo, principal y solidario.

El fiador al pagar lo hace en su calidad de deudor que asumió una obligación por un tercero, no dispone de los recursos de los arts. 727/8 C.C. salvo que al efectuar su prestación dejare constancia de que la cumple en calidad de tercero. Pagando como fiador la ley le confiere el derecho de subrogarse en los derechos del portador contra el deudor cambiario garantizado sin necesidad de cesión alguna (art.2029 C.C.) conforme a la regla general del que abona una deuda a la que estaba obligado por otros (art. 768 inc.2 C.C.). La subrogación abarca todos los derechos, acciones y privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza -art. 2029 C.C.- por ende el fiador -extraño al nexo cartular- al pagar dispone de la acción cambiaria del portador desinteresado contra su afianzado, en la que el deudor podrá oponer aparte de las excepciones personales que tenga contra el fiador todas las que podría ejercitar contra el portador satisfecho desde que el fiador se subroga en los derechos de éste.

En cuanto al fiador de uno de los libradores se plantea si puede repetir el todo contra cualquiera de ellos. El C.C. sienta la regla general estableciendo que el que no ha afianzado sino a uno de los deudores solidarios queda subrogado al acreedor en el todo; pero no puede repetir contra los otros, sino en lo que en su caso le correspondiere repetir contra ellos al deudor afianzado.

El obligado cambiario afianzado que a su vez persiga el reembolso contra los que le respondan a él ceñirá el monto de su pretensión al art. 53 del dec. 5965/63.

La acción contra el obligado cambiario interrumpe la prescripción contra el fiador careciendo de vigencia el art. 97 del dec. 5965/63. A la inversa, la demanda contra el fiador no interrumpe la acción contra el obligado cambiario, cuyo plazo de prescripción es el del art. 96 del estatuto actual.

Para Luis Muñoz, en su trabajo citado, es indudable que la obligación cambiaria puede afianzarse, tratándose de fianza comercial extracartular (art. 8 inc.4° C.de Com.).

Con Cámara sostiene que la fianza puede otorgarse en beneficio de un sujeto indeterminado o determinado; en el primer caso debe determinarse el sujeto al hacerse valer.

La fianza es negocio accesorio del principal pues lo subsidiario tiene que ver con la obligación principal válida, ya sea del librador, endosante, etc. salvo que la causa de la nulidad fuera alguna incapacidad relativa al deudor en cuyo caso responderá como único obligado (art. 1994 C.C.) salvo pacto expreso en contrario, no se dan los beneficios de excusión y división; el fiador responde solidariamente con el deudor principal requiriéndose la interpelación, sirviendo el protesto para ello, pero a veces, la jurisprudencia no ha considerado necesaria la interpelación, el fiador constituido en liso y llano pagador solidariamente obligado como deudor principal (art. 2005 C.C.) es deudor solidario por adhesión o consunción de deuda; como la fianza puede preceder a la obligación principal es posible afianzar obligaciones futuras (art. 1988 C.C.) y nada impide que se practique la fianza continua de tal suerte que la oferta continua permanente de garantía hecha por el fiador al acreedor significa que cada vez que éste concede nuevo crédito al deudor se acepta la oferta; el fiador responde en la medida de la obligación asumida en cuanto a cantidad, tiempo, etc. y de lo accesorio como los intereses (art. 1997 C.C.) mas no de las costas del juicio por no ser accesorios.

En materia de fianza impera la libertad de formas y puede demostrarse por cualquier medio de prueba existiendo principio de prueba por escrito.

La acción ejecutiva contra el fiador de la obligación cambiaria procede no por aplicación del art. 60 de la ley cambiaria, pues no es un deudor cartular, pero sí preparando la vía ejecutiva a su respecto presentando el título valor protestado y el escrito de caución reconocido.

Los fiadores no son deudores cambiarios de suerte que no es aplicable el art. 51 de la ley cambiaria que consagra el 'ius electionis' y el 'ius variandi', de tal manera que promovida la acción contra uno de los fiadores no podrá demandarse a otro u otros mientras no resulte la insolvencia del deudor elegido (art. 705 C.C.). También entiende que podrá cobrarse anticipadamente la cambial del fiador si la obligación hubiere sido rehusada en todo o en parte, en caso de concurso del girado, haya o no aceptado o de cesación de pagos, aunque no mediare declaración judicial, o cuando hubiere resultado infructuoso un pedido de embargo en sus bienes, y en caso de concurso del librador de una letra no aceptable (art. 47 inc.3).

Aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al portador de la cambial (acreedor) todas las excepciones propias y las que podría oponerle el deudor principal en la fianza simple, excepto las que se funden en la incapacidad (art. 2020 C.C.), no así el fiador constituido como principal pagador, directo y solidario, pues carece de las defensas 'ex personae debitoris'.

Aunque el fiador de un obligado cambiario es solidario, esa fianza se extingue cuando la subrogación a los derechos del acreedor como hipoteca, privilegios, etc. se ha hecho imposible por un hecho positivo, o por negligencia del acreedor (art. 2043 C.C.) debiendo acreditarse el perjuicio y oponer la defensa para que la liberación del fiador se produzca.

Con Cámara sostiene que el fiador al pagar lo hace en su calidad de deudor que asumió la obligación de un tercero empero no dispone de los recursos de los arts. 727 y 728 del C.C., salvo que al efectuar la prestación dejare constancia de que la cumple en calidad de tercero. Y es que a tenor del art. 727, el pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aún ignorándolo éste y queda la obligación extinguida con sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiere hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento. Asimismo, el art. 728 preceptúa que el pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiere verificado tiene sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago.

Cuando paga el fiador se subroga en los derechos, acciones privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza, en virtud de sucesión a título singular frente al deudor cambiario, por lo que dispone el fiador de la acción cambiaria del portador (art. 53 L.C.); empero además del capital e intereses podrá reclamar los costos y la indemnización de los perjuicios, aunque éstos últimos por la vía ordinaria, mientras lo demás por la acción cambiaria (arts. 768 inc.2°, 2029 y 2030 C.C.).

Respecto de las excepciones del deudor frente al fiador, con Cámara entiende que aparte de las personales valdrán las que el obligado cambiario podría ejercitar contra el portador satisfecho desde que el fiador se subroga en los derechos de éste (art. 2033 C.C.). El fiador no podrá empero exigir del deudor el reembolso por lo que hubiere pagado si dejó de oponer las excepciones que no fueren personales o suyas propias que sabía tenía el deudor contra el acreedor o cuando no produjo las pruebas, o no interpuso los recursos que podrían detener la acción del acreedor (art. 2034). Por otra parte y a tenor del art. 2035 C.C., cuando el fiador ha pagado sin haber sido demandado, y sin dar conocimiento al deudor, no podrá repetir lo pagado si el deudor probase que al tiempo del pago tenía excepciones que extinguían la deuda.

A tenor del art. 2032 el que no ha afianzado sino a uno de los deudores solidarios queda subrogado al acreedor en el todo, pero no puede pedir contra los otros sino lo que en su caso le correspondiera repetir contra ellos al deudor afianzado, norma aplicable en derecho cambiario. A su vez, el obligado cambiario

afianzado que a su vez persiga el reembolso contra los que respondan a él ceñirá el monto de su pretensión al art. 53 de la ley cambiaria: suma desembolsada, intereses de esa suma al tipo fijado en el título y si no hubieran sido pactados al tipo corriente en el Banco Nación en la fecha de pago, los gastos que hubiese hecho.

La acción promovida contra el obligado cambiario, interrumpe la prescripción contra el fiador careciendo de vigencia el art. 97 de la ley cambiaria que dice que la interrupción de la prescripción sólo produce efectos contra aquél respecto del cual se cumplió el acto interruptivo. A la inversa, la demanda contra el fiador no interrumpe la acción contra el obligado cambiario cuyo plazo de prescripción es el del art. 96.

En nuestro país, la Dra. Bugallo, en el trabajo citado, señala que la fianza es definida en el inciso primero del art. 603 del C. de Com. como «un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo», norma análoga a la contenida en el art. 2102 del C.C. Agrega el inciso segundo que para que se considere mercantil «basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante».

El contrato de garantía personal denominado fianza se otorga frente a las obligaciones contraídas por títulos valores, como ante cualquier otra obligación, de modo que no comparte la afirmación de parte de la doctrina que estima que la única garantía personal cambiaria sea el aval (sentencia de la Dra. Varela de Motta en c. 9788 de L.J.U.).

El alcance de la responsabilidad del fiador se encuentra establecido en el contrato de garantía personal otorgado y reglamentado por los arts. 604 y ss. del C. de Com. La fianza puede garantizar alguna obligación concreta o puede garantizar una serie de operaciones indefinidas en su conjunto, por lo cual dependerá del alcance de la enunciación la responsabilidad del fiador. Al respecto señala la autora que en un caso en que se presentó accionamiento contra el fiador por títulos valores que se entregaron por el saldo de precio de la adquisición de determinados bienes, ante el cual éste se excepcionó diciendo que solamente había sido fiador de la operación de compraventa de dichos bienes y no del pago de los títulos valores. Se entendió por el tribunal actuante que al no haberse especificado la restricción debe interpretarse que la fianza incluyó el pago de los títulos valores entregados en cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato.

La solidaridad de la fianza no quita el carácter accesorio a la misma. Es diverso el supuesto de la constitución de fiador liso y llano pagador que se obliga como deudor principal, pues en este caso no se trata de obligación accesoria sino que se trata de la obligación de codeudor. La jurisprudencia, en virtud de la solidaridad usualmente pactada en las fianzas que acceden a contratos en ocasión de los cuales se emiten títulos valores, ha sostenido que el fiador se obliga en los mismos términos que el deudor y que siendo títulos ejecutivos los documentos de adeudo suscriptos por los fiadores son alcanzados también por la acción ejecutiva.

En opinión de la autora, el hecho de que la fianza acceda a un título valor no afecta su naturaleza contractual, de modo que no son trasladables mecanismos del derecho cambiario a la ejecución del fiador de obligaciones cartulares. Siendo además un contrato accesorio, habrá de interpelarse primero al deudor principal, para luego proceder a la ejecución del fiador tal como ha sostenido la jurisprudencia nacional.

Según las normas generales del derecho procesal el tenedor ha de accionar contra el fiador siempre que haya una suma líquida y exigible contra el deudor principal. Para la constitución del título ejecutivo contra el fiador de un título valor habrá que proceder según las normas generales planteadas en el C.G.P., art. 353 num.3 y citar a reconocimiento de firmas al o a los fiadores, como se entendió por la jurisprudencia.

El art. 30 de la Ley 16906 consagró expresamente la existencia en nuestro derecho de las garantías personales y reales cambiarias y estableció indubitablemente que la transmisión del título valor implica la de las garantías que le acceden. El análisis de dicha norma se efectuará en el capítulo referido a la hipoteca cambiaria.

Con relación al contrato de fianza general bancaria cabe citar el artículo que publicara el profesor Jorge Gamarra en el A.D.C.U., T. XI, titulado «Validez de la fianza general bancaria».

Como señala el autor, se ha cuestionado su validez desde dos ángulos distintos: por una lado, se sostiene que la fianza no puede existir sin una obligación a la que acceda, y por otro, que el negocio es nulo por la indeterminación de su objeto.

La fianza, enseña Gamarra, es un contrato accesorio, y como tal, tiene por función asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1251); presupone, entonces, la existencia de ésta. Parecería, por ello, que no es posible afianzar una obligación futura (sin principal no hay accesorio), y sin embargo es el propio Código el que consagra esa posibilidad (art. 2106); lo cual no puede sorprender porque admite también garantía reales (prenda e hipoteca) constituidas para asegurar obligaciones futuras (arts. 2295 y 2326), y si esto es así, con mayor razón la fianza podrá garantizarlas, ya que ni siquiera tiene, como aquéllas, eficacia respecto de terceros ni preferencia en el cobro. Por otro lado, en el C.C. se encuentra prevista expresamente una fianza de obligación futura en el art. 368 que impone al tutor prestar fianza antes del discernimiento de la tutela.

Aún más, la fianza de obligación futura es viable porque lo dice la ley, pero si no lo dijera igual lo sería. El fundamento está, como sostienen Aubry- Rau y Somarriva Undurraga, en la circunstancia que el contrato accesorio puede nacer antes que la obligación principal, pero quizás sea más ajustado decir que la fianza existirá cuando venga a existir la obligación principal; el principio de accesoriedad no se viola porque la fianza está subordinada al nacimiento de la obligación principal.

En cuanto a la alegada indeterminación del objeto, señala que para la validez del contrato el Código requiere que tenga un objeto «suficientemente determinado» (art. 1261), porque el vínculo obligacional no puede realizarse respecto de una materia del todo indeterminada. La obligación del fiador, puesto que se obliga a pagar por el deudor principal, en caso de que éste no lo haga (art. 2102) se determina por el objeto de la obligación principal, es una determinación 'per relationem'. Por consiguiente, la indeterminación de la obligación principal da lugar indirectamente a la indeterminación de la fianza.

En el contrato de fianza general bancaria el fiador asegura las obligaciones que un deudor principal, que se individualiza concretamente, haya contraído o contraiga con el Banco, que es parte en el contrato de fianza, y asume la calidad de acreedor, y por ello también está perfectamente designado. Luego, las operaciones que tendrán lugar entre ellos, esto es, entre el Banco y el cliente, las cuales figuran enumeradas con un criterio ejemplificativo o analítico por tipos (cuenta corriente, vales, descuentos), que se complementa con una referencia genérica a todas las operaciones bancarias o a veces se usa esta última y se elimina la enumeración casuista de los distintos tipos particulares. En un momento posterior a la celebración del contrato de fianza es que tienen lugar sucesivos negocios pactados entre el Banco y el cliente afianzado. Estos negocios generan obligaciones en las cuales el cliente se coloca en posición de deudor, y automáticamente estas obligaciones resultan aseguradas por la fianza. En consecuencia, la obligación de fianza va a estar integrada por la totalidad de las deudas que ese deudor principal asuma con el Banco. El fiador le debe al Banco lo mismo que el deudor principal, si sabemos a cuánto asciende la deuda del cliente, la deuda del fiador está determinada. Por ello Ravazzoni escribe que la determinabilidad de la deuda del fiador sobre la base de la situación del deudor principal es, sin duda, la raíz de la figura. La obligación del fiador, que es incierta (art. 1283), se determina en el momento en que el acreedor haga valer su crédito, mediante reenvío al complejo de las deudas que gravan al deudor afianzado.

De lo expresado concluye Gamarra que a fianza genérica bancaria no es nula por indeterminación de su objeto. Asimismo agrega el autor que también es válida la fianza general pactada sin límites de tiempo ni de monto pecuniario. En efecto, a determinar la obligación del fiador igualmente pueden concurrir la fijación de un límite temporal o en el monto pecuniario. Como la fianza general tiene una muy vigorosa potencialidad expansiva, con vocación para adscribirse a las operaciones que vaya celebrando luego el Banco con su cliente, la fijación de límites de tiempo y suma son mecanismos aptos para proteger al garante contra las consecuencias riesgosas del negocio. Pero éste sabrá decidir hasta que punto los límites le son necesarios o convenientes, según sea la solvencia del deudor afianzado, la confianza que deposite en el mismo, y su interés particular por favorecerlo. Además, aunque se alegara que por tratarse de un contrato de adhesión la voluntad del fiador inevitablemente tendrá que plegarse frente al formulario que el Banco le ponga por delante, guste o no su contenido, hay una razón decisiva que alcanza por sí sola para fundar la validez, y es la posibilidad que tiene el fiador de usar el recesso unilateral como modo de extinción de la fianza, cuando así decida hacerlo, y sin que el Banco pueda oponerse al ejercicio de este derecho potestativo.

Fundándose fundamentalmente en el artículo referido la jurisprudencia nacional ha admitido la validez de la fianza general bancaria e incluso a aplicado los mismos argumentos para sostener la admisibilidad de la hipoteca cambiaria.

En este sentido cabe citar a vía de ejemplo las siguientes sentencias:

De fecha 26/11/90 del T.A.C. 3° (L.J.U. C. 11975) en que el Tribunal decidió en mayoría, en el caso de ejecución de una fianza genérica que la transmisión del título valor implica no solo la del derecho principal incorporado sino de los accesorios y que aquélla es un típico derecho accesorio y como tal al no existir texto legal que lo limite la misma se transmite con el documento principal. En su discordia el Dr. Alonso Liard sostuvo que el art. 10 del Dec.-Ley 14701 conforme al Dr. Pérez Fontana no comprende las garantías extracartulares y la doctrina excluye las fianzas genéricas.

S. 60/90 del T.A.C. 5° (c. 46 del A.D.Com. 6) donde el Tribunal sostiene la inidoneidad de la carga de garantía de autos para originar responsabilidad por los títulos valores en ejecución al surgir que estos fueron suscritos con anterioridad a la fianza genérica. Expresa asimismo que la correcta intelección de los términos de la fianza otorgada lleva a la conclusión de que el apelante respondería solamente por las obligaciones futuras del afianzado asumidas por primera vez o por concepto de renovaciones o prórrogas de créditos ya otorgados o que se otorguen en el futuro sin comprenderse las obligaciones actuales del deudor principal. De lo que se concluye que entiende admisible la misma.

S. 58/91 del T.A.C. 4º (C. 47 del A.D.Com. 6) que sostiene que la fianza general bancaria garantiza todos los créditos que tenga el Banco contra determinado cliente.

S. 7/91 del T.A.C. 4º (C. 48 A.D.Com. 6) donde el tribunal afirma la validez de la fianza general bancaria diferenciándola del aval y el efecto vinculante de la carta de garantía no adherida al documento de adeudo. Expresa el tribunal ratificando lo sostenido en sentencia N 163/83 que: «...Una fianza expresada mediante una carta de garantía, por la que una o más personas se constituyen en fiadora y fiadoras de cualquier deuda, cambiaría o no, que el afianzado mantenga o llegue a contraer en el futuro con el acreedor, es un contrato absolutamente válido»

S. 109/95 del T.A.C. 4º (C. 69 A.D. Com. 8) que reafirma que hay prácticamente unanimidad en doctrina y jurisprudencia en admitir la validez de la fianza para garantizar obligaciones cambiarias independientemente del aval.

S. 4/2000 del T.A.C. 1º (C. 429 A.D.C.U. XXXI) donde el Tribunal sostiene respecto del valor y eficacia de esta garantía genérica existe a esta altura criterio generado respecto de su habilidad y marco legal habilitante habiendo la jurisprudencia recogido ampliamente este criterio.

B) GARANTÍAS EXTRACARTULARES REALES

En garantía de las obligaciones contraídas en los títulos valores pueden asimismo otorgarse prendas e hipotecas mas como señala la Dra. Beatriz Bugallo, en nuestro país no contaban con una normativa flexible y adaptable a las características de dichos títulos, a diferencia de lo que ocurría en otros países.

Destaca la autora que en legislaciones como la española se conoce la llamada «hipoteca cambiaria», una garantía especial que entrelaza principios del derecho cambiario y del derecho inmobiliario con el objetivo de armonizar la fácil cesibilidad del crédito sin descuidar la individualización del titular y del bien objeto de esa garantía, ni demás principios del Derecho Hipotecario.

En el derecho comparado, la hipoteca constituida en garantía del pago de títulos valores, se caracteriza por garantizar el pago de las obligaciones contraídas mediante la suscripción de los mismos, siendo constituida unilateralmente por el propietario del bien objeto de garantía. Al momento de su constitución no existe certeza respecto de quien será la persona legitimada para solicitar la ejecución en caso de incumplimiento. Las características de la misma enunciadas por la doctrina son: 1) indeterminación inicial del acreedor pues se constituye unilateralmente por el deudor; 2) incorporación del crédito garantizado a un documento de facilísima transmisión, 3) puede constituirse en garantía de una pluralidad de títulos, no tiene porqué ser uno solo. Esta modalidad de garantía se ha calificado como «hipoteca de seguridad» ya que la indeterminación está en la titularidad. En varios de los regímenes de derecho comparado se da la posibilidad de constitución de esta hipoteca cambiaria aún sin existencia previa o simultánea de la deuda, habiendo sido al caso calificada como una excepción a un aspecto del principio de especialidad en materia hipotecaria según el cual se exige determinación inequívoca tanto de lo garantizado como del bien afectado.

En el derecho argentino la regulación tiene larga data desde que se entendió por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia que el art. 3202 del C.C. consagraba los pagarés hipotecarios y además por el Decreto 10574/46 se regularon los pagarés prendarios.

En nuestro país con la sanción de la ley N° 16906 que incorporó tres numerales al art. 10 del Dec.-Ley 14701 se consagraron inequívocamente las garantías reales cambiarias poniendo fin a las discusiones doctrinarias sobre la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, la que se mantiene en cambio con relación a las hipotecas llamadas abiertas o genéricas.

PRENDA

Uría en el trabajo referido expresa que el Código de Comercio español no contiene reglas generales respecto del contrato por el cual el deudor o un tercero afectan especialmente una cosa mueble al pago de una deuda, en forma que vencida éste y no satisfecha pueda hacerse efectiva sobre el precio de venta de aquella cosa con preferencia a los derechos de cualquier otro acreedor. Pero la omisión legal no es bastante para

reputar inadmisibles que la prenda puede tener carácter mercantil. Cada vez son más numerosas las operaciones mercantiles que se constituyen con garantía real pignoratícia y con ello la prenda ha entrado en la actividad propia de los empresarios o comerciante.

Héctor Cámara en la obra citada expresa que para garantizar los títulos valores no se utiliza la prenda común atento a que presenta graves inconvenientes y desventajas al exigir la 'missio in possessionem' de las cosas gravadas en manos del acreedor o de un tercero estipulado entre el librador y el tomador, entorpeciendo la transferencia del crédito con la garantía. Sin embargo nada obsta su constitución acorde a los arts. 580 y ss. del C. de Com.

Destaca que las exigencias del tráfico han generado numerosos títulos de crédito con caución prendaria o privilegios sobre cosas muebles, así en el derecho francés se otorgan: warrant agrícola, prenda de establecimientos comerciales, warrant hotelero, privilegio para la adquisición de vehículos y tractores, warrant sobre stocks de guerra, garantías de films cinematográficos, prenda de utilaje y material de equipamiento profesional, etc. En Argentina también existen algunos títulos valores que gozan de preferencia sobre cosas muebles, siendo el de mayor difusión el certificado de prenda con registro regulado por el Decreto-Ley 15348/46, Ley 12962, expedido a favor de los acreedores del art. 5° de ese ordenamiento legal una vez inscripto el contrato en el Registro Prendario, permitiendo la transferencia del derecho crediticio con caracteres particulares: se trata de un título valor causal librado a favor de algunas personas que sólo puede circular entre éstas según criterio de la Dirección del Registro Prendario, mediante endoso que llenará ciertas formalidades e inscripto en el Registro para su eficacia contra terceros.

La práctica de librar pagarés prendarios aparte del certificado movilizándolo éste, si bien no reconocida por el Decreto 15348/46, logró respaldo en el Decreto reglamentario N° 10574/46 cuyo artículo 10 dispone que cuando el deudor suscriba simultáneamente con el contrato prendario pagarés a favor del mismo acreedor y por el contrato, para que faciliten la negociabilidad del crédito, deberán estos documentos ser presentados junto con el contrato de prenda ante la oficina inscriptora, la que deberá relacionarlos dejando constancia, al dorso de ellos, del número y fecha de inscripción que corresponda al contrato prendario. La duplicación de la obligación en dos títulos de crédito -certificado prendario y pagarés- ha provocado situaciones dolorosas por la confianza o inexperiencia de ciertos deudores. Es exacto que se han cometido abusos por comerciantes inescrupulosos que descuentan el certificado prendario por una vía y los pagarés por otras y a su vez cobran las cuotas de los deudores entregándoles recibos por éstas, resultando a la postre perjudicados al no poder repetir el pago indebido ante la normal insolvencia del acreedor originario. Pero estas desviaciones no se pueden realizar con los pagarés "prendarios" contemplados por el decreto-reglamentario sino con los pagarés "paralelos" librados sin los requisitos previstos por el texto precitado. Esto lleva al autor a resistir la ilicitud y menos la proscripción pretendida de los pagarés prendarios.

El pagaré prendario es un título de crédito con todos sus caracteres -literalidad, autonomía, abstracción, etc.- cuyo derecho se halla garantizado con bienes muebles que restan en poder del deudor o del tercero que los haya dado en seguridad de una deuda ajena, los cuales quedan afectados con privilegio especial a favor del portador, extendiéndose salvo convención en contrario a todos los frutos, productos, rentas e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro (art. 3). Por ende es un título de crédito abstracto reglado por el art. 101/4 del Decreto-Ley 5965/63, asegurado por garantía real extracambiaría.

Para poder emitirse los pagarés prendarios es necesario que se haya celebrado el contrato de prenda con registro entre el librador y tomador del pagaré, aunque los bienes gravados pertenezcan a un tercero -caución real-. Como derivación, el pagaré prendario tiene su relación subyacente en otro título de crédito -certificado prendario- esto es, contrato prendario inscripto -constituido para asegurar el pago de una suma de dinero o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los constituyentes le atribuyan a los efectos de la garantía prendaria un valor consistente en una suma de dinero -art. 1° Decreto 15348/46.

En cuanto a las formalidades de los pagarés prendarios establece que :

A) En primer lugar, contendrán todos los requisitos del art. 101 del Decreto-Ley 5965/63 con las mismas limitaciones que los pagarés hipotecarios. B) En segundo lugar, deben ser suscritos simultáneamente con el contrato prendario y presentados conjuntamente a la oficina inscriptora -art. 10 Decreto 10574/46- no pueden librarse ulteriormente. No se exige la autenticidad de las firmas de los pagarés, a diferencia del contrato prendario no pactado ni suscrito ante el encargado del Registro. C) Por último, el encargado del Registro debe relacionarlos, esto es, anotarlos en el certificado prendario, dejando constancia al dorso de los pagarés del número y fecha de inscripción del contrato prendario. El certificado prendario y los pagarés deben entregarse al acreedor dentro del plazo de 48 horas de entrada el contrato para su inscripción (art. 13 Dec.-regl.).

El certificado prendario se transfiere por endoso completo e inscripto para su eficacia contra terceros,

amén de ello solo puede traspasarse a algunas de las personas mencionadas en el art. 5° del Decreto 15348/46 solución extralegal en opinión del autor. Estos requisitos carecen de eficacia para la transmisión del pagaré prendario regido por el Decreto-Ley 5965/63 .

En cuanto al endoso del pagaré prendario si bien la ley nada prevé al respecto estima prudente su inscripción en el Registro.

Los pagarés prendarios se transmiten por el simple endoso comprendiendo todos los derechos resultantes de la letra de cambio (art. 15 Dec.-Ley 5965/63) incluyendo las garantías reales.

Con relación a los efectos que producen los pagarés prendarios expresa el autor que : a) el certificado prendario pierde vigencia al instrumentarse el crédito en otro título valor resultando intransferible mientras no se acompañen todos los pagarés al carecer de contenido. b) La autorización del acreedor para la constitución de nuevos gravámenes sobre los bienes prendados -art. 7 Dec.-Ley 15348/46 y art. 7 Decreto 10574/46- la otorgará quien o quienes aparezcan como titulares de los pagarés en el Registro Prendario.

Respecto de los presupuestos para promover la acción cambiaria prendaria, no rigen las normas del Dec.15348/46 para ejecutar el certificado prendario debiendo cumplimentar el art. 60 del Dec.-Ley 5965/63:título valor y protesto. El tercer portador de buena fe puede usar los recursos cambiarios-judiciales y extrajudiciales- a su arbitrio contra cualquiera o todos los deudores (art. 51 Dec.-Ley 5965/63) no está constreñido para entablar la acción contra el constituyente de la garantía real y recién por el saldo insoluto dirigirse contra los demás responsables.

A semejanza de los títulos de crédito hipotecario esta seguridad real desaparece por causas directas e indirectas: A). Cuando el deudor acompañe con el finiquito respectivo todos los pagarés prendarios acreditando haber satisfecho la prestación conforme lo dispuesto por el art. 3202 C.C. no siendo necesario que exhiba el certificado prendario; B) cuando el obligado prendario use el derecho de consignación extrajudicial (art. 25 inc. c dec. 15348/46) no derogable por acuerdo de partes conforme su objetivo legal.

En el mismo sentido Luis Muñoz, en el trabajo citado, expresa que a tenor del art. 10 del Dec. 10574 del año 1946 puede el deudor inscribir pagarés prendarios simultáneamente con el contrato prendario a favor del mismo acreedor para facilitar la negociabilidad del crédito, los cuales deberán ser presentados junto con el contrato de prenda ante la oficina inscriptora la que deberá relacionarlos dejando constancia al dorso de ellos del número y fecha de inscripción que corresponda al contrato prendario. También podrían librarse cambiales aunque la norma jurídica nada diga.

Una vez celebrado el contrato de prenda con registro, puede crearse y emitirse pagarés prendarios aunque los bienes dados en prenda sean de un tercero, dándose la circunstancia que otro título valor, el certificado de prenda es el negocio fundamental o subyacente de los pagarés, ya que, el contrato de prenda, se celebra entre el librador y el tomador de los pagarés, los cuales facilitan la circulación del crédito prendario , la negociación parcial y su amortización en cuotas. Empero, la duplicidad del título valor-certificado de prenda y pagaré - ha originado daños y perjuicios. El contrato de prenda puede celebrarse por escritura pública (art. 11) . El pagaré prendario debe reunir los requisitos exigidos por el art. 101 de la ley cambiaria, suscribirse simultáneamente con el contrato de prenda y no con posterioridad, presentarse con el contrato a la oficina inscriptora, serán suscritos por el deudor, inclusive cuando un tercero haya dado bienes en garantía de deuda ajena, la autenticidad de la firma de los pagarés no es exigible, como lo es en cambio, y a tenor del art. 12 del Dec. 10574 cuando de trata de contrato de prenda con registro no celebrado ni suscrito ante el encargado del registro prendario. El registrador debe anotar los pagarés en el certificado y dejar constancia al dorso de los títulos valores del número y fecha de inscripción del contrato de prenda. La anotación del certificado y los pagarés podrá llevarse a cabo después del vencimiento del plazo legal (art. 19) y producirá efectos desde la fecha de la presentación, por lo que puede acontecer que los pagarés estén endosados lo que no es obstáculo. El contrato de prenda debe llevar las firmas autenticadas salvo si los acreedores originarios fueran el Estado, sus reparticiones, Bancos oficiales, mixtos o particulares autorizados, instituciones bancarias, oficinas internacionales de las que la República sea miembro, etc. A tenor del art. 18 de dicho decreto, el certificado y los pagarés se entregarán al acreedor dentro del plazo de 48 horas de entrado el contrato para su inscripción. No cabe confundir la circulación del contrato de prenda con registro regida por la ley que norma la garantía real con las de los pagarés prendarios que se rige por la ley prendaria. Empero, el endoso debe anotarse en el Registro prendario para que el deudor conozca quienes son los endosatarios y sus domicilios, si bien el legislador ha tenido este aspecto en cuenta. El endoso pues sirve para transmitir el derecho incorporado, las obligaciones correlativas y la garantía real.

Con Cámara sostiene que la autorización del acreedor para la constitución de nuevos gravámenes sobre los bienes prendados la otorgará quien o quienes aparezcan como titulares de los pagarés en el Registro Prendario (art. 7 Dec.-Ley 15348 de 1946 y 7° del Dec. 10574 de 1946) e igual solución corresponde para la

notificación en el supuesto de industrialización de los bienes prendados o su transferencia para ejercer el 'ius preferendi' y el 'ius perseguendi' (arts. 8,9,13,41,42, 45 etc. Dec.-Ley 15348/46).

Para el ejercicio de la acción prendaria cambiaria debe estarse al art. 60 de la ley de la materia, también al 51 por lo que hace al portador de buena fe. Y es que, la cambial prendaria, debidamente protestada, es título ejecutivo para accionar. El portador tiene derecho para accionar contra los que firman una letra de cambio ya que quedan obligados solidariamente hacia aquél. La acción promovida contra uno no impide accionar contra los otros aunque fuesen posteriores a aquél. El portador de buena fe, no tiene porqué accionar primero contra el constituyente de la prenda y luego, por el saldo contra los demás responsables pues la cambial o el pagaré documentan el préstamo pudiendo reclamarse el pago con independencia de la prenda que garantiza la deuda. El certificado de prenda y los pagarés se integran de suerte que el tenedor del certificado que libró pagarés y los negoció no puede llevar a cabo la ejecución prendaria. Al igual que en el caso de la hipoteca, los pagarés a la vista o un determinado tiempo desde la vista, por carecer de vencimiento cierto no se utilizan con fines de garantía real, tampoco los pagarés incompletos ya que no pueden reproducirse.

También considera con Cámara que la garantía prendaria del pagaré se extingue cuando el deudor acompañe con el finiquito respectivo todos los pagarés prendarios acreditando haber satisfecho la prestación conforme a lo dispuesto por el art. 3202 del C.C. No es necesario exhibir el certificado prendario (art. 25 inc.b Dec. 15348/46), a pesar que la Dirección de Registros entiende lo contrario. También se extingue por consignación extrajudicial que haga el obligado prendario, derecho éste inderogable por voluntad de los particulares, sobre todo si los portadores de los pagarés no requieren el pago a su vencimiento. La notificación de la consignación se hará a éstos o en su defecto a quienes figuren como titulares en el Registro.

Raymundo L. Fernández en "Pagaré o letra con garantía real (Hipoteca o Prenda)" en La Ley, 1980 D, señala que la Ley 12962 y el Dec.-Ley 15348/46 han creado la prenda con registro o hipoteca mobiliaria para asegurar el cobro de los acreedores que se consignan en el art. 5° de la primera; se trata de una garantía sobre bienes muebles análoga a la hipoteca inmobiliaria. En cuanto a los pagarés prendarios, expresa que, a diferencia de los hipotecarios, deben emitirse simultáneamente con el contrato de que emergen y presentarse junto con éste al Registro para su inscripción debiéndose relacionarse por la oficina inscriptora, dejando constancia al dorso de ellos del número y fecha de inscripción que corresponda al contrato prendario.

El endoso del certificado se rige por las disposiciones del C. de Com. pero con una diferencia en cuanto a su transmisión ya que la ley de prenda con registro exige para su oponibilidad a terceros que se inscriba en el registro prendario. Entiende que no es obligatorio inscribir los pagarés prendarios en el Registro por cuanto la ley nada dice al respecto pero que conviene al acreedor hacerlo como ocurre con el endoso del pagaré hipotecario.

El régimen al que están sometidos el certificado y los pagarés prendarios en cuanto a su ejecución es distinto. El certificado está regido por la ley de prenda con registro y es indispensable para ejercitar la acción prendaria a que se refiere la ley. Los pagarés, en cambio están regidos primordialmente por el C. de Com., su tenedor puede optar entre la ejecución prendaria contra el deudor originario ajustándose a la ley de prenda con registro o seguir la acción cambiaria contra los obligados cambiarios.

Como señalara Carmelo Curbelo en «Régimen de Prendas en el Uruguay», la Ley 17228 intentó incluir en un solo texto toda la normativa sobre la prenda derogando expresamente a través del último artículo la Ley 5645 (de prenda agraria), 8292 (de prenda industrial) y 12367 (en lo relativo a prendas sobre máquinas y automotores). El mismo artículo deroga las disposiciones que se opongan a ésta tanto de la Ley 15939 (bosques) y 16871 (regstral). Por otra parte en su art. 1° se establece que con carácter supletorio se aplicarán las normas del C.C. y de la Ley 14701 sobre títulos valores.

Esta ley tiene la particularidad de admitir la posibilidad de la prenda sin desplazamiento de los créditos. En este sentido afirma Carlos De Cores en «Sinopsis de la nueva ley de prenda sin desplazamiento» que el art. 3 de la ley admite específicamente, como objetos prendables sin desplazamiento «los derechos de obtener prestaciones de dar, hacer o no hacer, los derechos de propiedad intelectual y otros bienes incorporeales, incluso los créditos». Es decir que a partir de la vigencia de esta ley, además del mecanismo normal de prenda de créditos (ya se trate de prenda de créditos no endosables, de títulos valores o de valores nominativos o escriturales) existe la posibilidad de preñar créditos sin desplazamiento. Como la ley no prevé la notificación al deudor cabe concluir que la prenda estaría constituida sin dicho requisito, siempre y cuando se instrumentara por documento público o privado y se inscribiera en el registro.

No obstante no se regulaba en dicha norma los llamados letras o pagarés prendarios. Es recién con la sanción de la Ley 16906 que por su art. 30 agregó tres incisos al art. 10 del Dec-Ley 14701 que se consagraron expresamente en nuestro ordenamiento positivo las garantías reales cambiarias. Dicha norma será analizada con relación a la hipoteca cambiaria que fue la que generó mayor polémica.

Finalmente cabe mencionar que el art. 46 del Dec.-Ley 14701 prevé en su inciso primero que « El endoso en garantía se otorgará con las cláusulas «en garantía» o «en prenda» u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración».

Analizando dicha norma en «De la Prenda de Créditos» el Esc. Raúl Anido Bonilla señala que en relación a la prenda cambiaria se ha dado una polémica entendiéndose por un lado que el objeto del derecho real de prenda sobre la letra lo constituye el título, la res y no verdaderamente el crédito cambiario; opinión a la que adhiere la Dra. Teresita Rodríguez Mascardi en “Títulos Valores- Problemática Vigente”. Agrega que los autores que sostienen que la prenda sobre la letra de cambio tiene por objeto el crédito incorporado y por tanto cabe asimilarla a una prenda de créditos, se fijan preferentemente en la intención que guía a las partes a la hora de celebrar un contrato de esta naturaleza. De este modo, las partes en el momento de constitución de una prenda sobre una cambial tienen la mira puesta, más que en la materialidad del documento al que se incorpora el crédito, en el crédito mismo, cuyos atributos se precisan literalmente por el tenor del título, como res, pero sólo con la finalidad procedimental de la más rápida y segura realización del derecho de prenda. En ese sentido Viguera Rubio en «La prenda cambiaria: el endoso en garantía» en Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, termina por concluir que el derecho de prenda recae también sobre el crédito incorporado al título. Precisamente por el propio hecho de la incorporación del derecho al título, el derecho real de prenda que recae sobre una letra de cambio queda sometido a un régimen mixto, en parte propio de las cosas muebles, en parte propio de los derechos sobre derechos. Limitándose el documento como objeto de la prenda sólo al momento de la constitución de la misma, recogiendo la afirmación de Garrigues en cuanto señalara que el derecho real recae directamente sobre la cosa mueble e indirectamente sobre el derecho documentado. Lo que llevara a Viguera Rubio a sostener que la prenda que tiene por objeto una letra de cambio no es un derecho real cuya constitución, efectos, y ejercicio se comporte de un modo típico o común como resultaría de la aplicación de las normas que para ella predisponen el C.C. sino que queda modalizada por el particular objeto que resulta gravado: una letra de cambio.

Afirma el autor que, a través de las cláusulas «en garantía», «en prenda» u «otra equivalente», cumple el endoso la función de ser instrumento de una operación de garantía real. Este acreedor prendario tendrá además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración de donde cabe concluir, según el autor, que el endosatario-prendario tendrá la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, como se le reconoce a todo acreedor prendario de un crédito por el art. 2298 del C.C. y esta facultad integrará el estatuto mismo de dicha prenda por más que coincida con la del endosatario en procuración, lo que evidenciaría que el derecho real de prenda no recae sobre el documento sino sobre el crédito incorporado en el mismo.

La peculiaridad que presenta la prenda que tiene por objeto un título valor es la inmunidad del acreedor prendario ante las excepciones personales que los demandados por una acción cambiaria pudieren oponer al endosante-pignorante. En tal sentido, el art. 46 siguió lo marcado por el párrafo segundo de la ley ginebrina que señalara que «los obligados no pueden invocar contra el tenedor las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante». Del cotejo de dicha norma con la que usara la ley ginebrina se aprecia que se sustituye el término «tenedor» por el de «endosatario en garantía». De lo que concluye la Dra. Teresita Rodríguez en el artículo referido, que el Dec.-Ley 14701 se apartó del texto ginebrino que consagrara indubitablemente la autonomía del derecho del endosante en garantía, ello en virtud de que el art. 46 mutó la expresión gramatical «excepciones oponibles al endosante» por la expresión «excepciones oponibles a anteriores tenedores» y en opinión de la Doctora, cuando se habla de anteriores endosantes no puede referirse a los que endosan el título en garantía puesto que éste no reviste tal calidad sino que es titular de un derecho actual. Tal expresión resulta entonces para ella superflua, y en consecuencia entiende inadmisibles las excepciones personales que se hubieran podido oponer a los tenedores anteriores al endosante en cuya representación se dedujo la pretensión ejecutiva, pero caben las defensas oponibles al endosante que continúa siendo el titular del derecho cartular, en cuanto el endoso en garantía sólo transfiere la legitimación para el ejercicio del derecho. Sin embargo reconoce la injusticia de tal solución escribiendo que sería aconsejable la reforma del art. 46 consagrando la autonomía del derecho del acreedor prendario en el ámbito cartular.

Señala Anido que el acreedor prendario podrá esperar al vencimiento del título valor y, una vez que ello suceda, ejercer el derecho al cobro que le confiere el art. 46 del Dec.-Ley 14701. Es así que se producirá con respecto a la suma cobrada una imputación compensatoria. Si el monto de lo cobrado por este acreedor excediere el importe de su crédito, él deberá devolver el exceso al endosante. Pero, por otro lado, sin necesidad de esperar al vencimiento del respectivo título-valor, el endosatario pignoraticio podrá ejecutar la prenda y, con el importe en que se subrogue el respectivo bien en el patrimonio del endosante-pignorante,

cobrarse con hasta la concurrencia de la suma debida. Si el endosante pignorante cumpla la obligación principal garantizada, el acreedor pignoraticio debe devolver la letra con todos sus accesorios (por ejemplo el protesto).

Como señala el autor, la prenda de títulos valores encausada mediante el endoso en garantía se encuentra excluida de la regulación de la Ley 17228, en cuanto no se trata de una prenda sin desplazamiento; sino que por el contrario, se dará el nacimiento del derecho real de prenda a través de la misma entrega conforme al estatuto del endoso en materia de títulos valores; es así que su funcionamiento y perfeccionamiento se compadece con el de la prenda de desplazamiento de la mera tenencia conforme al estatuto del C.C..

En cuanto a la remisión que hace dicha Ley al Dec.-Ley 14701 en el art. 1º, se la entiende en cuanto su sentido se llena de razón y fin sólo en cuanto se concrete la remisión en el art. 10 de aquella ley y en la nueva redacción que le diera la Ley 16906, en el que precisamente se hace referencia a la prenda sin desplazamiento.

HIPOTECA

Norma Olga Silvestre en «Crédito Hipotecario» señala que hipoteca es un derecho real y como tal tiene como características: 1) que se dan en ella los derechos de preferencia y persecución como caracteres de imperatividad y fortaleza del derecho real frente a otros derechos y 2) la relación directa entre el titular del derecho real y la cosa y, por consiguiente, el beneficio o utilidad que el titular obtiene directamente de la cosa, se manifiesta en el hecho de que la hipoteca, desde su origen vincula y reserva el valor económico del bien gravado en miras a asegurar el pago del crédito, el efecto de la hipoteca es colocar el bien en situación de ser agredido o haciéndolo idóneo para serlo.

Sus caracteres se clasifican en esenciales y naturales. Los esenciales son los que constituyen la exteriorización de los elementos básicos sin los cuales la institución no existiría. Los naturales son aquellos derivados de la institución cuya existencia no es condición de vida de la misma. Ripert - Boulanger señalan como elementos esenciales la especialidad, accesoriedad y la indivisibilidad. Mazeaud expresa en cuanto al crédito que es accesorio y respecto del objeto, que es indivisible y especial.

La especialidad es un carácter esencial de la hipoteca y se entiende por tal: a) la determinación precisa del inmueble gravado con el derecho real y b) la determinación precisa de la suma de dinero que fija la responsabilidad hipotecaria. Señala la autora que no hay especialidad en cuanto al crédito entendida como la necesidad de expresar o determinar la obligación principal para la existencia del derecho real de hipoteca. Analizando la normativa positiva argentina concluye que los arts. 3109, 3132 y 3148 del C.C. sólo se refieren a la determinación precisa del inmueble hipotecario y de la suma por la que responde la finca.

En cuanto a la accesoriedad, expresa que la hipoteca es un derecho real de garantía que sirve para asegurar el cumplimiento de una obligación. La obligación o crédito aparece como el elemento principal, el derecho real de hipoteca es accesorio, es decir, dependiente del crédito. Esta accesoriedad es una consecuencia del carácter de derecho real de garantía que la misma asume respecto del crédito. El fundamento de la distinción entre derechos principales y accesorios reside en tener, los primeros, existencia propia e independiente por sí mismos, sin requerir de otro derecho en ningún aspecto de su vida y los últimos, en encontrarse subordinados dependiendo en algún grado o faceta de otro derecho. El propósito del derecho accesorio es reforzar, acrecentar o mejorar otro derecho que es el principal. El carácter accesorio del derecho de hipoteca consiste en que la hipoteca es inseparable de la obligación asegurada lo que significa que no cabe dar forma jurídica al gravamen real sin vincularlo 'ab initio' al crédito u obligación asegurado. No es posible, pues, constituir una hipoteca con vida jurídica propia o independiente del crédito. De este carácter de accesoriedad deriva que las modalidades a que puede estar subordinado el crédito repercuten sobre la hipoteca; si el se encuentra sujeto a plazo o condición, la hipoteca tendría plena eficacia desde que se cumple el plazo o la condición, si se anula o rescinde, la obligación creditoria la hipoteca se anula; el pago del crédito provoca la extinción de la hipoteca y la transferencia de aquél al de ésta. En determinadas hipotecas - las que se constituyen para garantizar créditos eventuales, condicionados, etc. - se produce una cierta limitación a esta accesoriedad; lo que sucede es que, en realidad, la accesoriedad de la hipoteca es teleológica o finalista en el sentido que es el fin de la hipoteca garantizar una obligación, de allí que pueden nacer y existir hipotecas cuando la obligación aún no ha nacido. La determinación del crédito en el acto constitutivo de la hipoteca hace a la esencia del derecho real de hipoteca por cuanto en el derecho argentino, conforme a los arts. 3108, 3187 y 524, la hipoteca debe ser accesorio pudiendo garantizar obligaciones en abstracto. Por ello la determinación del crédito no está fundada en ningún principio de especialidad. Lo que nunca puede faltar es la referencia a una obligación (causa fuente) ya sea actual o futura o al contrato base de la obligación. Señala la

autora que en el derecho argentino todas las hipotecas son accesorias en el sentido referido, en otros, se independiza del crédito constituyendo un derecho autónomo.

Cita en el derecho español a Roca Sastre («Derecho Hipotecario») quien entiende que si bien el concepto de hipoteca de seguridad no es utilizado por la legislación hipotecaria, surge de la naturaleza de las cosas y la doctrina lo ha adoptado. La denominación hipotecas de seguridad puede resultar equívoca, puesto que, es de advertir, que todas las hipotecas son de seguridad pues garantizan una obligación. En las legislaciones que admiten la clasificación, la expresión seguridad es empleada para diferenciarla de tráfico y porque con ella se pretende únicamente proporcionar al acreedor una simple seguridad destacándose su función de fianza o caución. Son consideradas de seguridad: las hipotecas de máximo- con la variante de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes-, la hipoteca en garantía de títulos valores endosables o al portador; la discutida hipoteca cambiaria o en garantía de créditos derivados de letras, libranzas, vales, cheques a la orden o de otros títulos transmisibles por endoso. Esta clasificación entre hipotecas de tráfico y de seguridad encuentra sustento en las legislaciones alemana y española, en los principios registrales de fe pública y legitimación.

En la hipoteca de tráfico, el crédito garantizado consta en el registro con todas sus particularidades, quedando unido registralmente con la hipoteca, en forma que, ante terceros, la fe pública registral se extiende al crédito. El crédito es cierto y determinado y consta en la escritura de hipoteca, la suma garantizada también es de un determinado monto y el acreedor está individualizado.

En la hipoteca de seguridad, el crédito garantizado sólo consta en el registro en líneas generales quedando unido registralmente con la hipoteca, en forma que, la fe pública no se extiende al crédito.

Entre las hipotecas de seguridad se incluye la hipoteca cambiaria que es la constituida en garantía de la efectividad de las letras de cambio. Roca Sastre distingue la hipoteca cambiaria destinada a la garantía de letras de cambio y otros títulos endosables y la hipoteca de títulos valores al portador o nominativos y más concretamente de obligaciones emitidas.

En el derecho argentino para alguna doctrina (Alberto Alterini y Mario Bendersky) la hipoteca del art. 3202 del C.C. consagra la hipoteca cambiaria en cuanto establece:» Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario; y con ellos, el deudor o un tercero, cuando estuvieren pagados en su totalidad; pueden solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde derivan esos instrumentos». Lo principal es el crédito cambiario incorporado al pagaré y lo accesorio, el derecho real de garantía. Lo que la hipoteca garantiza es la obligación contenida en el pagaré. Pero como no se trata de una obligación común, sino de un negocio jurídico de regulación y operatividad autónoma, resulta que lo garantizado, en definitiva, es directa y esencialmente el pagaré mismo.

Según la Dra. Silvestre, la hipoteca a que refiere el art. 3202 del C.C. es la que garantiza una deuda respecto de la cual se han librado pagarés o girado letras de cambio pero no es la hipoteca cambiaria reconocida en otras legislaciones. Los pagarés hipotecarios se conciben cuando la deuda deba extinguirse con el transcurso de determinados plazos y el acreedor tenga interés en negociar los títulos. Se trata simplemente de proporcionar la negociabilidad de los créditos, brindándole celeridad en tal operación y la seguridad de la garantía hipotecaria. Además, el acreedor no está indeterminado. En la convención hipotecaria debe expresarse qué obligación garantiza y el nombre del acreedor, posteriormente este acreedor podrá ceder su crédito, independientemente de las constancias registrales, pero en la convención hipotecaria hay un acreedor cierto y determinado. Es un caso de hipoteca ordinaria respecto de la cual para facilitar la trasmisión del crédito se han dado vales o pagarés. Esa facilidad se da por la posibilidad de transmitir el crédito hipotecario y por consiguiente la hipoteca mediante el endoso de los pagarés sin notificar al deudor cedido.

Messineo, en la obra citada, enseña que cuando la cambial está asistida de hipoteca constituida convencionalmente asume una manifestación particular, con tal que sea declaradamente en garantía de la obligación cartular o sea de la cambial y por tanto inserta a favor de determinado poseedor de la letra (1er. tomador, endosatario) que es titular de ella: la denominada cambial hipotecaria donde opera una garantía real y no personal como en el aval.

La hipoteca constituida es mencionada de ordinario en el título (en el dorso), pero ello no es necesario a los fines del nexo de accesoriedad que se establece entre la letra de cambio e hipoteca en cuanto la hipoteca no se transforma en relación cartular y literal. En virtud de la petición del interesado, el conservador de los registros inmobiliarios (registrador) debe indicar en la cambial la inscripción realizada, ejercitando así una función de certificación de que la cambial que lleva la indicación del conservador (registrador) es precisamente aquella a que se refiere la inscripción hipotecaria; sin tal certificación, el nuevo poseedor de la cambial que circule no puede atribuir a la cambial ningún valor hipotecario o sea, contemplar la circulación de la hipoteca unida a la circulación de la cambial. Esta circulación del derecho de hipoteca conjuntamente con la cambial-

mediante endoso y por la sola fuerza del endoso - es una conquista de la práctica. En un primer momento la jurisprudencia combatió el principio y ha hecho depender la eficacia de la circulación de la hipoteca respecto de terceros de la observancia de la anotación. Hoy en día (art. 2831 C.C.) la legislación vigente, aceptando una corriente doctrinal ha hecho independiente de la anotación la transferencia de la hipoteca a favor de los endosatarios posteriores a aquel en favor del cual se ha creado la hipoteca, distinguiendo así netamente la situación del endosatario de la cambial hipotecaria y la del cesionario del crédito cartular garantizado por hipoteca.

Por virtud del endoso de la cambial hipotecaria circula con efecto 'erga omnes' además del crédito cartular, también como consecuencia del principio de accesoriedad de la hipoteca, aún cuando el endosatario omita la anotación a que refiere el art. 2843, se quita a la anotación función constitutiva. De ello se sigue que el nuevo titular de la hipoteca está determinado 'propter rem' (endosatario) y que los efectos negativos de la falta de anotación no operan en daño del endosatario que no cuide de la anotación. La presencia del art. 2887 garantiza que el conservador de los registros inmobiliarios no puede cancelar la hipoteca sin que se le exhiba la cambial hipotecaria y de ésta resultará quien es su poseedor actual, el cual solamente tiene el derecho de asentar la cancelación. Sin embargo, a cualquier efecto que no sea la accesoriedad y el medio de circulación, la hipoteca queda regulada por el título que la constituye; en otras palabras, las cláusulas reguladoras de la hipoteca no adquieren carácter de literalidad en cuanto no resulten del título y por consiguiente el acreedor cambiario (e hipotecario) no puede valerse de la hipoteca, sino en términos y eventuales límites y con los presupuestos que el artículo constitutivo le imprime.

El acto por el cual se autoriza la cancelación de la hipoteca concedida en garantía de la letra de cambio debe ser presentado al conservador (registrador de la propiedad) juntamente con el título sobre el cual se anotará por el conservador la cancelación. La cancelación de la hipoteca accesoria de la cambial importa la pérdida del derecho de regreso contra los endosantes anteriores a la cancelación.

Normalmente la cambial (pagaré) hipotecaria es librada por el emitente que concede al mismo tiempo hipoteca, pero no se excluye que en la práctica, aunque sea raro, la concesión de la hipoteca tenga lugar por obra del girado aceptante. Se ha planteado la cuestión de si en caso de renovación de cambial hipotecaria es necesaria la anotación de la hipoteca sobre la cambial de renovación por parte del conservador de los registros inmobiliarios, resolviéndose en sentido negativo por cuanto la renovación de la cambial importa la novación de la obligación cambiaria, basta la declaración del emitente de que la cambial constituye renovación de otra anterior y está garantizada por hipoteca.

Por su parte Giuseppe Ferri en el trabajo antes referido, establece que la cambial hipotecaria entra en la categoría de las garantías cambiarias y se caracteriza porque la garantía del crédito cambiario está constituida por una hipoteca inscrita sobre inmuebles o bienes muebles registrables. El art. 2831 del C.C. prevé expresamente que las obligaciones resultantes de los títulos de crédito a la orden o al portador pueden ser garantizados con hipoteca. Para salvar la exigencia de la determinación del crédito y de la persona del acreedor propia de la hipoteca, prevé la ley, que la inscripción de la hipoteca siga a nombre del actual poseedor de la cambial y que se deje constancia de la inscripción de la hipoteca sobre la cambial por el conservador del registro inmobiliario. Efectuada la inscripción de la hipoteca y la anotación en el título, la circulación de la cambial importará también la de la garantía hipotecaria sin necesidad de ulteriores anotaciones.

Uría, en la obra citada, señala que el contrato por el cual se afectan especialmente bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos en garantía del cumplimiento de una obligación dineraria no está recogido en el Código de Comercio pero la realidad ha demostrado la conveniencia de facilitar la constitución de especiales hipotecas en garantía de obligaciones mercantiles mediante un sistema más flexible que el ordinario adecuado a las necesidades del comercio. Nacieron así determinados tipos de hipotecas que por su directa vinculación con el tráfico mercantil y por satisfacer exigencias del mismo pueden denominarse mercantiles. Así destaca la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito regulada por el art. 153 de la Ley Hipotecaria que se constituye para responder del saldo definitivo que al cierre o vencimiento arroje la cuenta contra el tomador del crédito. Se trata según el autor de una hipoteca de máximo porque se constituye por una cantidad máxima, que habrá de ser fijada en la escritura y en garantía de un crédito (saldo de cuenta) indeterminado al menos en su cuantía.

La hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador ofrece, frente a la ordinaria, la especial característica de garantizar créditos con titular indeterminado a causa de la fácil circulación de los títulos a la orden o al portador (arts. 154-156 Ley Hipotecaria) lo que produce como consecuencia que la hipoteca se constituye unilateralmente, sin el concurso del futuro e indeterminado acreedor, y no designa individualmente al acreedor o titular de la hipoteca y se constituye a favor de los tenedores presentes o futuros de los títulos. La escritura habrá de determinar, en cambio, cuantas circunstancias sirvan para individualizar y

determinar las condiciones de los títulos (número, serie, fecha de emisión, plazo, etc.).

Para Francisco Vicent Chuliá en la obra citada el reconocimiento de la posibilidad de constituir hipoteca sobre bienes inmuebles en garantía del pago de una letra de cambio fue un proceso difícil porque la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 había excluido en el terreno de la ciencia la hipoteca en garantía de títulos transmisibles mediante endoso porque sólo contempla la de títulos obligacionales y lógicamente se refiere a su doble matriz, su numeración en serie, etc.; y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento solo contempla la hipoteca sobre tales bienes. No obstante la Dirección de Registros ha admitido tal figura.

La formalización de la hipoteca cambiaria se hace mediante autorización por el Notario de la escritura de hipoteca, en la que se describen la o las letras de cambio garantizadas, que han de ser completas y endosables, y en su caso, se pacta la manera de extender la garantía a las letras de renovación que puedan emitirse en su día. Además en el cuerpo de la letra o en un suplemento pegado a la misma el Notario hace constar los datos de la constitución de hipoteca, la extensión de la hipoteca a las letras de renovación deberá hacerse en acta notarial. Por el contrario si no se previó en la escritura de constitución, al ser nuevas letras será necesario otorgar nueva escritura de hipoteca.

En cuanto a los efectos de la hipoteca cambiaria es claro que consisten en afectar los bienes hipotecados al pago del importe de la letra más gastos e intereses, lo que supone una ventaja con respecto a la letra normal, en que sólo puede instarse embargo de bienes a partir de su vencimiento y su impago.

Héctor Cámara en «Letra de Cambio y pagaré con garantía hipotecaria» (Cuadernos Notariales 55-Universidad Notarial Argentina-1968) expresa que el derecho comparado admite expresamente las letras de cambio y pagarés hipotecarios y aún cuando los cuerpos legales de varios países ignoran el instituto, la doctrina recepta esta garantía extracartular. En ese sentido cita a Margarinos Torres («Nota promissoria») quien acepta que la obligación cambiaria puede ser garantizada con hipoteca a pesar de que el régimen legal de Brasil guarde silencio. España regula la hipoteca de máximo en garantía del descuento de letras durante un cierto plazo. En México, la ley establece que la transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal así como de las garantías y demás derechos accesorios (art. 18) entre los cuales comprende la hipoteca. La ley belga del 20/5/1872 se refiere 'in terminis' a «la transmisión de las garantías hipotecarias de los billetes de cambio» (art. 26). En Alemania se recoge la hipoteca de seguridad en garantía del crédito derivado de una obligación al portador, de una letra de cambio o de otro título que puede transmitirse por endoso; la hipoteca vale como hipoteca de seguridad aunque en el Registro no esté configurada como tal. En cuanto a Francia, cita a Planiol y Ripert quienes expresan que como el título constitutivo de la hipoteca podía otorgarse válidamente por simple legalización sin el nombre del acreedor, la jurisprudencia ha admitido que la obligación hipotecaria puede ir con la cláusula a la orden, transmisible por simple endoso, como un efecto de comercio, transmitiéndose conjuntamente crédito y garantía real. Mas aún, la primera copia podría ser al portador con mayor facilidad para la circulación. Esta hipoteca a la orden o al portador fue reconocida por las leyes fiscales hasta que el Decreto-Ley del 14/10/55 regló el crédito hipotecario obrante en títulos negociables confiriendo seguridad a la operación. El Código Civil italiano es quizás el que mayor atención ha prestado al tema declarando en el art. 2831 que las obligaciones resultantes de los títulos a la orden o al portador pueden ser garantizadas con hipoteca. El Código Civil de Honduras faculta la hipoteca para garantizar los derechos de los tenedores de los títulos valores.

En Argentina, la legislación admite los títulos valores a la orden con garantía hipotecaria. El art. 5 de la Ley 8867 disciplina los debentures con garantía especial consistente en uno o varios inmuebles determinados de la S.A. aunque éstos requieren todas las exigencias para la constitución de hipotecas y se tomará razón de ello en el Registro General Inmobiliario. Conforme al art. 1359 del C. de Com., el contrato de hipoteca normal, después de registrado podría transmitirse por medio de endosos que importarán transferencia del derecho hipotecario. En verdad no se transmite el derecho hipotecario que constituye un accesorio de la obligación caucionada sino el crédito garantizado siempre que se haya concebido a la orden. Además, un poco incidentalmente y entremezclando conceptos el Código Civil en su art. 3202, en materia de cancelación de hipoteca, alude a aquella cuya deuda debe pagarse en distintos plazos y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomadas en cuenta del crédito hipotecario, y con ellas, el deudor o un tercero, cuando estuvieren pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde derivan los instrumentos.

Destaca el autor que la orfandad legislativa no ha obstado para que el crédito hipotecario se movilizara en pagarés. La deficiente normativa legal ha determinado alguna vacilación en los intérpretes y decisiones judiciales que es menester superar, aunque la adaptación no sea nunca completa pues en la hipoteca se deben reflejar forzosamente las características del título que garantiza.

Señala Cámara que las diferencias existentes entre el pagaré y la letra en cuanto a que en ésta el librador y los endosantes se obligan a hacer pagar por un tercero- girado- mientras en el primero, el suscriptor se obliga en forma directa y principal a satisfacer la prestación, determinan que en la vida comercial se vea el pagaré hipotecario exclusivamente pero nada impide asegurar la letra de cambio con hipoteca.

En cuanto a los requisitos formales de la hipoteca cambiaria expresa que deben conjugarse las solemnidades de los títulos valores con las del derecho inmobiliario para la existencia de los pagarés hipotecarios discriminando ambos aspectos. Las formalidades del título valor son las establecidas en los arts. 1 y 101 del Dec.-Ley 5965/63 con las salvedades de los arts. 2 y 102 del mismo estatuto. Los documentos deben estar suscritos, no exigiéndose que se redacten ante notario ni la autenticación de firmas, conteniendo el reflejo registral «para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario» (art. 3202 C.C.). La constitución del derecho real de hipoteca se otorga en seguridad de un crédito en dinero cuyos inmuebles continúan en poder del deudor (art. 3108 C.C.) . Los elementos esenciales son tres: el crédito, el titular del derecho y los bienes afectados, todo lo cual debe delimitarse perfectamente en interés de las partes y terceros. El sistema argentino sólo permite la hipoteca convencional (art. 3115 C.C.), constituyéndola el deudor o un tercero (caución real 3121 C.C.) prestando el 'creditoris' su conformidad en el mismo acto o posteriormente con efecto retroactivo, al día mismo de la constitución (art. 3130 C.C.) . El acto constitutivo es solemne, labrándose en escritura pública con los requisitos del art. 3131 C.C. e inscrita dentro de los 6 días para su eficacia contra terceros desde el otorgamiento (art. 3157 C.C.). Este documento perfilará nítidamente los datos enunciados-elementos personales, crédito garantizado y bien gravado- pero el acreedor 'ab origine' fijado en el instrumento resta en definitiva indeterminado al librarse los pagarés facilitando la negociación del crédito. En primer lugar debe contener conforme al art. 3131 del C.C. el nombre, domicilio del deudor y del acreedor. En segundo lugar la fecha y naturaleza del contrato al que accede; la hipoteca necesita una relación jurídica antecedente, soporte indispensable , presupuesto lógico aunque no cronológico. La especialidad del gravamen real exige la identificación del derecho caucionado transcribiendo 'ped ad literam' las obligaciones cambiarias. Es indudable que la reproducción de los pagarés o individualización de los elementos esenciales otorgan la certeza necesaria entre el derecho y el gravamen real.

Respecto de la posibilidad de que pueda otorgarse en garantía del endosante del pagaré, estima el profesor que, la seguridad real como accesoria necesita una obligación principal que puede ser tanto del librador como de cualquiera de los responsables cambiarios; en esa hipótesis si el portador cobra el importe del suscriptor del pagaré desaparece la hipoteca al extinguirse la obligación del endosante.

Se cuestiona asimismo si en la escritura de hipoteca debe detallarse la relación fundamental, concluyendo que no, porque el objeto caucionado son los títulos valores y no el contrato por ejemplo de mutuo, por ende si sólo alude al 'rapporto sottostante', el gravamen no beneficia a los portadores de aquellas sino al titular de la acción causal (art. 61 Dec.- Ley 5965/63).

Con relación a la posibilidad de que el gravamen real garantice conjuntamente los pagarés y el contrato de mutuo, entiende que de esa forma se roza el principio de especialidad del crédito garantizado aunque en definitiva tienen el mismo origen, por otra parte extinguido el nexa cartular también se opera el de la relación fundamental.

Debe constar asimismo la situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito y si urbano, la ciudad, villa y calle. La delimitación topográfica precisa de los inmuebles gravados también constituye registro esencial de la hipoteca cuya identificación no puede generar vacilaciones so pena de nulidad. También debe establecerse la cantidad cierta de la deuda, este dato surge del pagaré o pagarés. No hay inconveniente en que la hipoteca garantice parcialmente el importe de los títulos valores, ello constará expresamente en la escritura pública y la anotación del registrador sobre los pagarés.

Además de tales exigencias formales señala el autor que pueden agregarse otras estipulaciones conforme al art. 1197 C.C.. Según el sistema legal argentino no es necesario que el acreedor suscriba la escritura de hipoteca rozando la convencionalidad de ese derecho real de no haber simultaneidad en la manifestación de voluntad (art. 3130 C.C.). Ello puede efectuarse en forma expresa (escritura pública o acto supletorio -art. 984 C.C.-) o tácitamente (918 C.C.) cuando exige la suscripción de aquella o la entrega de los títulos de crédito anotados, etc.. Señala que para Roca Sastre esta hipoteca es unilateral no requiriendo la aceptación del acreedor para su perfección, conclusión teóricamente correcta pero no ajustada al derecho argentino, según Cámara.

Siguiendo el derecho francés entiende conveniente el autor que los títulos de crédito sean autenticados por notario.

Asimismo cuando la hipoteca garantiza conjuntamente la relación fundamental y los pagarés aquélla queda inmovilizada , no puede transferirse ni éstos. Si la garantía hipotecaria se otorga para el negocio

subyacente no pueden luego emitirse pagarés hipotecarios movilizándolo aquél, la obligación caucionada sería diversa contrariando el principio de especialidad. Para ello es necesario dejar sin efecto el primer gravamen y constituir otro sobre la nueva obligación abstracta, cuya eficacia no podrá retrotraerse a la fecha de la primitiva.

En cuanto a la pluralidad de pagarés hipotecarios está autorizada la ejecución individual por los titulares sin afectar la unidad de la obligación.

La toma de razón en el Registro tornando visible el gravamen es indispensable para la oponibilidad frente a terceros (art. 3135 C.C.) como señaló Vélez Sársfield siguiendo a Freitas. La inscripción debe hacerse dentro de los seis días del otorgamiento para obrar desde su fecha. Nada obsta su prestación posterior pero con efectos desde la anotación (art. 3156 C.C.), mientras no se haya extinguido la obligación principal.

Están habilitados a solicitar el registro las personas mencionadas por el art. 3140 C.C., incluyendo el tomador y endosatarios de los pagarés en caso de haberse transferido (inc.2º). No es necesario a ese efecto la autenticación de las firmas de los endosantes. Debe presentarse la primera copia de escritura (art. 3128 C.C.) y los pagarés suscritos por el librador, en caso que la hipoteca la constituya un tercero no firmará los títulos de crédito porque no es deudor cambiario sino tercero.

La escritura hipotecaria se inscribirá en el oficio respectivo- art. 3129 C.C.- y en los pagarés» el anotador de hipotecas los suscribirá para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario», «mencionando la fecha del acto de donde se derivan» -art. 3202 C.C.-en armonía con la literalidad y completividad del título de crédito quedará en el registro detalle de los pagarés hipotecarios.

Se cuestiona si puede demandarse la anotación de la escritura de hipoteca sin presentar los títulos valores detallados en la misma. La ley guarda silencio, y el autor responde afirmativamente porque nada impide acompañar después éstas para gozar de la garantía. Lo contrario no corresponde, es decir la presentación de los documentos sin la escritura hipotecaria.

En definitiva, dice el autor que, hay vale o pagaré hipotecario cuando se formaliza el contrato respectivo de garantía inscripto en el registro inmobiliario cuyo anotador dejará constancia de la seguridad extracartular sobre los títulos valores. Estos documentos son títulos de crédito -literalidad y autonomía del derecho y función de legitimación del documento- formales y abstractos aunque mencionen la causa de su emisión o transferencia. Sin embargo una de las notas queda algo desdibujada, la literalidad, no en cuanto al derecho, sino en cuanto a la garantía- elemento extracartáreo- porque no reproduce integralmente las cláusulas del contrato hipotecario al cual solo remite concretamente. Aunque este carácter no aparezca evidente y perfecto como en los otros títulos de crédito, no es menos cierto que esa referencia a convenciones que consten en el título, pero que son perfecta y fácilmente individualizables impide que los derechos y obligaciones que regulan las relaciones de los interesados sea de difícil o dudosa determinación; en verdad se trata de un título meramente literal en cuanto a la garantía accesoria, complementado por otro documento público registrado y de fácil identificación.

En punto a la circulación, la cambial hipotecaria circula por el endoso transmitiendo todos los derechos resultantes del título valor (art. 15 Dec-Ley 5965/63) entre los cuales está la seguridad real consignada por el anotador de hipotecas; no interesa que el endoso designe el nombre del endosatario, lleva la simple firma del endosante o sea al portador considerado como endoso en blanco. Todo ello de acuerdo al art. 1458 C.C. que establece que la cesión comprende, aunque sea bajo firma privada, todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca o prenda. El endoso transmite el gravamen real sin notificación del deudor hipotecario cedido o la aceptación del traspaso por éste, conforme al art. 1459 C.C.. Tampoco se anota la transmisión en el registro inmobiliario; como manda el art. 24 del Dec.-Ley 15348-46 (Ley 12962) sobre prenda con registro para el certificado prendario: el contrato prendario inscripto es transmisible por endoso y el endoso debe ser inscripto en el registro para producir efectos frente a terceros. La solución es lógica desde que la transmisión del derecho creditorio comprende todos sus accesorios- 'accessorium sequitur principale'- . Esta posición propugnada por la doctrina italiana, fue resistida por los juristas franceses porque el endoso sólo transfiere derechos personales y mobiliarios pero no los derechos inmobiliarios, posición conectada con la publicidad de los inmuebles; de ahí concluyen la imposibilidad de transmitir por endoso la garantía hipotecaria.

Según Cámara, el traspaso del crédito principal incluye lo accesorio cualquiera sea la naturaleza debiendo seguir su suerte. Se ha argüido que la transmisión de la hipoteca por endoso imposibilitaría la cancelación del gravamen por el tercero adquirente, al ignorar el o los titulares del crédito y su domicilio; este argumento no es válido ya que se prevé el pago por consignación. En definitiva, el endoso del pagaré hipotecario transfiere el derecho cartular con la garantía real como entiende la doctrina y jurisprudencia argentina salvo alguna opinión aislada.

Raymundo L. Fernández en el artículo citado, refiere a los pagarés y letras con garantía real como

a los pagarés o letras de cambio emitidos conforme a las disposiciones de la ley cambiaria (Dec.-Ley 5965/63) a los que se agrega una garantía real (hipoteca o prenda) según la naturaleza de los bienes. Destaca que dichos documentos han provocado vacilaciones desde el punto de vista jurídico en cuanto a su validez y efectos ya que en ellos aparecen reunidos dos sistemas jurídicos disímiles: el cambiario, netamente comercial, con su rígido régimen legal específico, y la garantía real, con regulación en el Código Civil (la hipoteca) o en el ley de prenda con registro.

Señala el autor que existen diversos criterios jurisprudenciales y doctrinarios al respecto que van desde los que los consideran completamente ilegales a los que no serían aplicables los preceptos de la ley cambiaria y se regirían por las normas reguladoras de la hipoteca y la cesión de créditos, a los que reconocen plena validez, pero discrepan en sus conclusiones porque confieren preeminencia al régimen cambiario, comercial, sobre el hipotecario o prendario civil o a la inversa. Para el autor el punto de partida debe ser que la obligación cambiaria es lo principal y su garantía real lo accesorio y conforme al criterio tradicional, lo accesorio sigue a lo principal y no a la inversa.

Expresa que en el derecho argentino no existe regulación legal sobre el tema. La única disposición legal que hace referencia a estos títulos es la contenida en el art. 3202 del C.C., pero, en opinión del autor, este reconocimiento un tanto incidental de la validez de estos títulos si bien debe tenerse en cuenta para deducir que su legitimidad no puede desconocerse, no significa que el intérprete deba encontrarse limitado por los exiguos términos del texto legal, sino por el contrario que, partiendo de esta base procede desarrollar toda una construcción jurídica conforme al conjunto de la legislación- especialmente cambiaria- y civil, para determinar la solución que corresponde en los distintos casos, teniendo en cuenta, como principal norma directriz, la conveniencia general de acordar plena validez a esta norma operativa y al importantísimo rol que desempeña en el mundo de los negocios.

Pueden garantizarse con hipoteca o prenda con registro las letras de cambio o pagarés de todo tipo porque, conforme a la naturaleza y finalidad de estos documentos y a las normas específicas que los gobiernan, en lo principal (la obligación) y lo accesorio (la garantía real), no hay inconveniente legal ni doctrinario para que así sea, ni pueden establecerse limitaciones sobre la base del art. 3202 C.C. que regla sólo el caso especial que menciona, precepto que, si puede esgrimirse como argumento en favor de la admisibilidad y legalidad del sistema de los documentos garantizados de que tratamos, no constituye la única base para su construcción jurídica ni pueden fundarse en el mismo exclusiones o limitaciones. Por eso, aunque el referido art. 3202 habla de diferentes plazos no hay duda de que puede tratarse de un solo documento o varios con idéntico vencimiento,

La letra de cambio o el pagaré no necesitan en el derecho argentino estar concebidos a la orden para que puedan transmitirse por endoso, para que ello no ocurra deben contener la expresión «no a la orden», pero esta circunstancia no es óbice para que se lo garantice con hipoteca o prenda pues si bien para su transmisión debe recurrirse a la cesión de créditos, puede resultar beneficioso al acreedor la división de la deuda en cuotas. Están excluidos de este régimen los cheques, por su naturaleza de pagaderos a la vista y los documentos al portador.

En cuanto al alcance de la garantía señala el autor que las partes pueden convenir que la garantía cubra sólo el negocio subyacente o los documentos cambiarios o ambos a la vez. De los alcances de la garantía dependerán los derechos del tenedor.

Respecto del crédito la garantía se otorga generalmente para cubrir el importe total del documento pero puede limitarse a una parte del mismo. También puede limitarse a determinadas personas.

Los documentos que se garantizan con la hipoteca deben existir al momento de celebrarse la escritura, según el texto del art. 3202 C.C., y como emerge asimismo del principio de especialidad de la garantía hipotecaria que consagra nuestro derecho: no podrán garantizarse documentos futuros, vale decir, a crearse con posterioridad a la escritura, si en la escritura sólo se menciona el negocio causal, el monto de la deuda y los plazos para su pago pero no se indican, individualizándolos en forma precisa, los documentos garantizados, éstos no podrán crearse con posterioridad pretendiendo la autenticación de firmas por el notario y su inscripción en el registro; en tal supuesto deberá celebrarse nueva escritura pública cancelando la hipoteca y constituyendo una nueva, con especificación de los documentos que garantiza y cuyo efecto frente a terceros sólo regirá desde su fecha. Los documentos, como es obvio, deben ser completos, contener todos los datos que exige la ley cambiaria, no pueden dejarse claros o contener solo referencia a actuaciones futuras.

Por lo general la hipoteca proviene del librador de los documentos, pero, nada obsta que la otorgue un tercero en escritura que no se refiera al contrato originario entre deudor y acreedor y únicamente mencione los documentos garantizados. Tampoco existe óbice legal ni doctrinario para que, cualquiera de los obligados cambiarios, fuera del librador otorgue hipoteca en garantía de los documentos la cual sólo podrá cancelarse cuando se produzca el pago.

La hipoteca debe cumplir los requisitos de los arts. 3130, 3131 y 1035 C.C. La escritura constitutiva del gravamen debe inscribirse dentro de los seis días siguientes en el Registro de Hipotecas, sólo así será oponible a terceros desde esa fecha. Respecto de los documentos garantizados, el Escribano los acompañará con la escritura para que el encargado del registro los suscriba - requisito indispensable para que gocen de la garantía hipotecaria conforme al art. 3202 C.C.-

En forma coincidente con Cámara sostiene que, en cuanto a la circulación, en el derecho argentino, el endoso del documento cambiario transmite «todos los derechos resultantes» del mismo (art. 15, 1er. párrafo ley cambiaria) vale decir que, tratándose de los títulos que nos ocupan, transmite incluso la garantía hipotecaria y con todas las cláusulas contenidas en la respectiva escritura, si bien en el documento sólo debe constar la anotación sintética de la escritura sobre la existencia de la garantía, sin entrar en detalles que desvirtuarían el carácter literal, autónomo y abstracto del documento. Dichos efectos se producen sin necesidad de cumplir requisito alguno, notificación a los deudores cedidos (librador, endosantes) ni anotación del endoso en el Registro de Hipotecas como nota marginal. El derecho del endosatario a pedir la anotación marginal del endoso, no está expresamente establecido en disposición legal alguna, pero resulta indiscutible dentro del régimen de los documentos de que se trata dado que no sólo lo beneficia a él sino también al deudor y endosantes.

En punto a la cancelación, la misma puede ser solicitada directamente al Registro por el deudor o cualquier interesado, por ejemplo un acreedor hipotecario de rango inferior o el tercero poseedor del inmueble gravado. Para obtener la cancelación basta con la presentación por el solicitante de todos los documentos conteniendo la constancia de pago sin que pueda exigirse por el Registro escritura pública o atestación de pago en los documentos por notario, tampoco puede exigir el registrador que se pruebe la autenticidad de los endosos.

Con relación a la prescripción de la acción cambiaria señala el autor que si los documentos fueron negociados la prescripción de la acción cambiaria que corresponde a los mismos (art. 848 C. de Com.) trae como consecuencia la extinción de la hipoteca en razón de su carácter accesorio.

Luis Muñoz, en la obra citada, señala que a tenor del art. 3202 del C.C. las letras de cambio y pagarés, títulos de valor de contenido crediticio de dinero pueden garantizarse con hipoteca aunque lleven la cláusula no a la orden, no así los cheques (posteriormente la ley argentina admitió los cheques de pago diferido).

Aclara el autor que si bien se dice que la hipoteca en el derecho argentino es convencional (3115 C.C.), no debe confundirse convención con contrato; el deudor o un tercero la constituye con la conformidad del acreedor en ese acto o ulteriormente con efecto retroactivo al día mismo de la constitución (arts. 3121 y 3130). El acto de la constitución es solemne pues la garantía real debe constar en escritura pública e inscribirse en el registro dentro de los seis días del otorgamiento para la eficacia frente a terceros (inscripción constitutiva del derecho real de garantía).

No debe reseñarse la relación fundamental o subyacente del título valor pues éste es el objeto de la garantía real.

La hipoteca puede limitarse a favor de ciertos tenedores legitimados del título valor y por consiguiente excluirse otros.

Conforme al art. 3202 C.C. si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada debe pagarse en diferentes plazos y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario y con ellos, el deudor o un tercero cuanto estuvieren pagados en su totalidad solicitar la cancelación de hipoteca.

Puede garantizarse la cambial a cargo del propio librador mas no la emitida a favor del librador, puesto que la hipoteca, derecho real, se constituye mediante el contrato de hipoteca y en derecho argentino se dice que es convencional. Sin embargo, el art. 3130 C.C. permite la aceptación posterior de la hipoteca por el acreedor, lo que hace suponer la promesa de hipoteca con eficacia desde la aceptación, pudiendo darse la promesa aceptada de hipoteca o el contrato de hipoteca 'in itinere' o la conversión de un negocio jurídico en otro.

Atento a que los títulos valores a la vista y a determinado tiempo de la vista carecen de vencimiento cierto no se utilizan con fines de garantía real.

En cuanto a los requisitos de la escritura también coincide con los autores antes citados.

Cuando la hipoteca garantiza conjuntamente la relación fundamental y los pagarés, aquélla queda inmovilizada no pudiendo transferirse salvo acompañando éstos.

Trasmitiendo el crédito con los pagarés, el cesionario podrá accionar en base a la relación fundamental, aún sin protesto previo, el cesionario dispone de la acción cartular y la causal. Empero la relación fundamental no es ni la causa-fuente ni la causa-función de los títulos valores aunque los mismos traigan causa de la

relación fundamental. Tampoco cree en la convención ejecutiva. He ahí porqué si la garantía se confiere para el negocio subyacente-mutuo,etc.- no podrán luego emitirse títulos valores para movilizar dicho crédito. Con Cámara advierte que será necesario constituir otro gravamen sobre la nueva obligación abstracta. Tampoco es causa fuente ni función de los títulos valores el contrato de hipoteca, pues su función es reforzar la relación o negocio fundamental garantizado con la hipoteca, y la causa fuente de los títulos valores, es la declaración unilateral de contenido volitivo vinculante creadora del título valor que se garantiza con hipoteca.

Los títulos valores a la orden (cambial y pagaré) circulan por endoso lo que puede acontecer con la letra de cambio hipotecaria por ejemplo por medio del endoso y la entrega del título valor se transmiten los derechos incorporados y obligaciones correlativas y el gravamen, sin necesidad de notificar al deudor ni que éste acepte el traspaso. No se anota la transmisión de la hipoteca en el Registro.

El título valor a la orden con garantía real confiere al tenedor legitimado los derechos cambiarios propios del título y la garantía real para el cobro en caso de que no sea pagado al vencimiento. Es tenedor legitimado aquel que porta el título como consecuencia de una serie regular de endosos aunque el título sea en blanco; también son titulares a esos efectos el endosatario en procuración, en garantía, el deudor de regreso que pagó y quien pagó por intervención. El tenedor legitimado tiene acción ejecutiva contra los obligados que responden solidariamente, de suerte que no tiene porqué perseguir en primer lugar el bien dado en garantía real y puede utilizar los recursos judiciales y extrajudiciales como acreedor cambiario, naturalmente que observando la norma jurídica que le impone deberes y cargas. Puede cobrar anticipadamente el título en caso de cesación de pago del girado, haya o no aceptado, o en caso de resultar infructuoso el embargo de sus bienes. Pero no puede ejercitar la acción de regreso sino después de haber presentado la letra al girado para su pago y de haber efectuado el protesto (art. 48).

La hipoteca de los títulos valores, como derecho real de garantía se extingue a tenor de las normas del C.C. (art. 3187) y las causas de extinción pueden ser directas o indirectas. Por las primeras la hipoteca se extingue, pero no la obligación cartular, así acontece cuando el acreedor demanda la cancelación de la hipoteca inclusive aunque no se haya pagado el título valor garantizado ya que el portador puede renunciar a su derecho. Otras causas directas son la pérdida total o parcial de la cosa hipotecada, remate judicial o por el transcurso de 20 años.

Consecuencia de la accesoria es que la hipoteca se extingue cuando el negocio principal y por razón de subsidiariedad al extinguirse la obligación principal le acontece lo mismo a la garantía real. En cuanto a la distinción entre accesorio y subsidiario, enseña el autor que, el contrato de hipoteca es accesorio del negocio jurídico unilateral cambiario y el derecho real de garantía es subsidiario de la obligación cartular incorporada al título valor. De ahí que, una vez pagado el título valor, el deudor o un tercero, puede solicitar la cancelación de la hipoteca debiendo presentarse todos los títulos al Registrador de Hipotecas. A tenor del art. 3196 C.C. debe cancelarse la hipoteca aún cuando no se presenten los títulos valores en los casos de venta en remate público.

Pablo C. Barbieri en el trabajo citado adhiere a la posición mayoritaria señalando con referencia a los pagarés hipotecarios que los mismos fueron previstos en el art. 3202 del Código de Vélez Sársfield y han adquirido caracteres propios en la práctica comercial. Expresa que dicha norma contempla la posibilidad de emitir letras o pagarés en documentación de una deuda garantizada por hipoteca. Indica asimismo la necesidad de registrarlos ante el anotador de hipotecas - actualmente Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente al lugar de ubicación del inmueble gravado- y permite la cancelación de la anotación hipotecaria cuando dichos títulos estuvieren pagados en su totalidad. La obligación se instrumenta en dos documentos diferentes: la escritura de constitución de hipoteca y los pagarés emitidos en consecuencia con los que documentan los diferentes vencimientos y fechas de pago. La escritura hipotecaria es un instrumento público y como tal debe cumplir con todos los requisitos exigidos por los arts. 1001 y cc. del C.C.. Asimismo deberá distinguir con claridad la garantía hipotecaria de lo efectivamente garantizado. La peculiaridad radica en que la escritura debe describir y especificar los pagarés que se emiten, indicando íntegramente su contenido, las fechas de vencimiento, los montos y la cantidad y numeración de los documentos creados. Además de los requisitos exigidos por el Decreto -Ley 5965/63, los pagarés emitidos como consecuencia de la garantía hipotecaria acordada deben tener especificados con claridad el número y fecha de la escritura de constitución de la garantía, el inmueble gravado y la cantidad de pagarés garantizados junto con los datos del Escribano interviniente.

Señala que normalmente los datos son colocados por el propio Escribano que realiza la hipoteca al dorso del documento mediante una atestación notarial que culmina con la firma y sello del Escribano.

Asimismo que desde antaño se discutió en doctrina si el título emitido como consecuencia de una hipoteca

seguía reuniendo los caracteres propios de todos los títulos circulatorios o si el hecho de ser garantizado con una obligación real modificaba dichos principios básicos. El planteo surgió como consecuencia de intentar distinguir si en la relación pagaré-hipoteca la obligación principal era la cartular siendo accesoria la garantía hipotecaria, o si el derecho real adquiriría entidad suficiente como para revestir tal carácter conllevando la accesoriadad del pagaré. Estima el autor que la solución correcta debe ser la primera desde que el hecho de que se refuerce una obligación cartular con una garantía real no quita al pagaré su carácter de documento principal. En verdad, la única función que cumple la hipoteca es ampliar la garantía personal propia de los distintos obligados cambiarios dotando al portador legitimado del documento de la posibilidad de cobrarse sobre el producto del bien gravado en caso de incumplimiento de pago, pero no más. La obligación contenida en el pagaré hipotecario es doble: por un lado, la principal de abonar una suma determinada de dinero; por el otro, la accesoria para garantizar su cumplimiento con una garantía real. A tal punto que el portador legitimado no necesariamente debe proceder a ejecutar la hipoteca con la que se garantiza el documento ni está obligado de manera indefectible a hacerlo. Como corolario, el pagaré hipotecario sigue reuniendo los caracteres propios de los títulos de crédito y por ende también la abstracción, permitiéndose su negociación y circulación en forma normal. Hasta en ciertos casos favoreciéndole dado que el endosatario del título- portador legitimado -refuerza sus posibilidades de cobro mediante garantía hipotecaria.

Recientemente en la República Argentina se sancionó la ley 24441 que en sus arts. 35- 49 regula el régimen de las letras hipotecarias como títulos valores con garantía hipotecaria. El art. 35 establece que las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria y, conforme al art. 36, la emisión de letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca.

El 37 dispone que la emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca.

El 38 edicta que la emisión de letras hipotecarias no impide al deudor transmitir el dominio del inmueble; el nuevo propietario tendrá los derechos y obligaciones del tercer poseedor de cosa hipotecada. La locación convenida con posterioridad a la constitución de la hipoteca será inoponible a quienes adquieran derechos sobre la letra o sus cupones. El deudor o el tercero poseedor tienen la obligación de mantener la cosa asegurada contra incendio en las condiciones usuales de plaza; el incumplimiento causa la caducidad de los plazos previstos en la letra.

El art. 39 establece que las letras hipotecarias son emitidas por el deudor, e intervenidas por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, en papel que asegure su inalterabilidad, bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. Las letras hipotecarias deberán contener las siguientes enunciaciones:

- a) Nombre del deudor y, en su caso, del propietario del inmueble hipotecado;
- b) Nombre del acreedor;
- c) Monto de la obligación incorporada a la letra, expresado en una cantidad determinada en moneda nacional o extranjera;
- d) Plazos y demás estipulaciones respecto del pago, con los respectivos cupones, salvo lo previsto en el artículo 41 para las letras susceptibles de amortizaciones variables;
- e) El lugar en el cual debe hacerse el pago;
- f) Tasa de interés compensatorio y punitivo;
- g) Ubicación del inmueble hipotecado y sus datos registrales y catastrales;
- h) Deberá prever la anotación de pagos de servicios de capital o renta o pagos parciales;
- i) La indicación expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, y que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a requerirlos;
- j) Los demás que fijen las reglamentaciones que se dicten.

También se dejará constancia en las letras de las modificaciones que se convengan respecto del crédito, como las relativas a plazos de pago, tasas de interés, etcétera, las letras hipotecarias también podrán ser escriturales.

Conforme al art. 40 las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título, o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso. No es necesaria notificación al deudor, y éste no podrá oponer al portador o endosatario las defensas que tuviere contra anteriores endosarios o portadores del título salvo lo dispuesto en el artículo 42, in fine. El endoso de la letra hipotecaria es sin responsabilidad del endosante.

De acuerdo al art. 41 las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo. Si la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra, sin perjuicio de lo cual serán oponibles aun al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscrito de esta manera.

Según el art. 42 el pago se hará en el lugar indicado en la letra. El lugar de pago podrá ser cambiado dentro de la misma ciudad, y sólo tendrá efecto a partir de su notificación al deudor.

El art. 43 dispone que verificados los recaudos previstos en el artículo precedente, la mora se producirá en forma automática al solo vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

El art. 44 establece que el derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca.

Según el art. 45 el portador de la letra hipotecaria o de alguno de los cupones puede ejecutar el título por el procedimiento de ejecución especial previsto en el título IV de esta ley cuando así se hubiere convenido en el acto de constitución de la hipoteca. De ello deberá dejarse constancia en la letra y en los cupones.

Conforme a lo edictado por el art. 46, al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para la letra de cambio.

El art. 47 establece el plazo de prescripción de las acciones emanadas de las letras hipotecarias a los tres años contados desde la fecha del vencimiento de cada cuota de capital o interés.

En punto a la cancelación de la inscripción de la emisión de las letras, y por ende de la hipoteca, el art. 48 edicta que se podrá hacer a pedido del deudor mediante la presentación de las letras y cupones en su caso con constancia de haberse efectuado todos los pagos de capital e intereses. El certificado extendido por el juez tendrá el mismo valor que las letras y/o cupones a los efectos de su presentación para la cancelación de la hipoteca.

Finalmente el art. 49 dispone que las personas autorizadas a hacer oferta pública como fiduciarios o a administrar fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantía letras hipotecarias o constituir fondos comunes con ellos, conforme las disposiciones reglamentarias que se dicten.

En nuestro país, antes de la sanción de la ley 16906 la doctrina no era unánime en cuanto a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria.

Al respecto, Carlos y Roque Molla en «La hipoteca cambiaria un problema de lege ferenda» (Títulos Valores - Problemática vigente)- sostenían que, atento a que la hipoteca cambiaria es una hipoteca que está garantizando la relación fundamental o causal y un título valor que por definición es literal, autónomo, abstracto e independiente, no solamente la inexistencia de contrayente impedía la admisión de la misma en nuestro derecho; en efecto, la característica de abstracto del título valor inhibe su vinculación con el derecho real de hipoteca. Era imposible establecer una relación de dependencia, de accesoriedad, con un papel que no tiene, ni puede tener, por naturaleza, ninguna referencia en cuanto a su causa. Esta imposibilidad fue captada por los ordenamientos jurídicos extranjeros que, reforma legislativa mediante, aceptan la hipoteca cambiaria. Es así que en el acto de inscripción se exige una relación del documento al cual accede la hipoteca que permita individualizarlo y a la vez en cuanto al título, se le exige al notario que anote al dorso del mismo la constitución de la hipoteca.

Por otra parte, advertían los autores que el Dec-Ley 14701 en su art. 121 establecía taxativamente las menciones o cláusulas que pueden contener los vales, conformes o pagarés, por lo que toda referencia a situaciones jurídicas diversas a las por él enumeradas deberán tenerse por no puestas o en su caso entenderse que desnaturalizan el título valor y lo transforman en título ejecutivo común.

No obstante observaban en Uruguay la existencia de hipotecas que reconocen una relación base o causal a la que se agrega el libramiento por el deudor de un título valor, concluyendo que la hipoteca tendrá viabilidad si accede a la relación base o causal, mas si se estableció en garantía del título valor es inexistente. En efecto, el principio de especialidad que rige el sistema hipotecario atañe al crédito y al bien gravado. La especialidad referida al crédito determina la existencia de presupuestos: individualización del acreedor y la causa de la obligación. La hipoteca no puede acceder a un papel que por esencia es abstracto y circula solamente con el traslado material. Menos aún en nuestro derecho positivo en que por un lado se impone al registrador en el acto de inscripción de la hipoteca (constitutivo) la carga de asentar « la fecha y la naturaleza del contrato a que acceda la hipoteca y el archivo en que se encuentre» (C.C. art. 2334 num.2) y por otro se veda al librador del título valor asentar toda referencia al negocio causal (art. 121 dec.-ley 14701) por atentatoria principio de abstracción; consecuentemente no existe posibilidad jurídica de vincular un vale, pagaré o

conforme al negocio causal al que accede la hipoteca (préstamo, apertura de crédito, etc.) y menos aún si aquel es de fecha posterior al contrato de garantía: el título valor, al ser abstracto puede responder a aquella relación base asentada en la hipoteca o a cualquier otra que las partes puedan haber celebrado.

En el mismo sentido se pronunciaron Jorge Luis Elizalde y Myriam Porto Moreno en "La hipoteca cambiaria" (Revista del Instituto de Técnica Forense N° 5), entendiendo que no existía posibilidad jurídica de vincular una hipoteca de carácter general previa a créditos posteriores documentados por títulos valores que son abstractos, y consecuentemente, no están referidos a aquella hipoteca extendida en forma indeterminada. Sólo podría concebirse esa posibilidad efectuando una profunda reforma estructural del sistema hipotecario nacional. La hipoteca cambiaria o abierta, cada vez más habitualmente utilizada en el régimen bancario y aún en el parabancario nacional, consiste en el otorgamiento de una hipoteca de carácter general destinada a garantizar con tal derecho real todos los créditos que una institución determinada pueda otorgar en el futuro a la persona que la otorga, sin otros límites que los que el acreedor imponga al crédito, en consideración a la solvencia del deudor.

El art. 2322 del C.C. define a la hipoteca como un derecho de prenda constituido por convención y con las formalidades de la ley sobre determinados bienes raíces que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor. Y el art. 2323 agrega que la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse además en el Registro de Hipotecas sin cuyos requisitos no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.

Una hipoteca de esta naturaleza no podrá ser nunca objeto de inscripción por el Registro respectivo, porque el art. 2334 del C.C. exige entre las constancias que la inscripción de la hipoteca debe tener la «fecha y la naturaleza del contrato a que acceda la hipoteca y el archivo en que se encuentre» (num.2°) lo que no será posible si se tiene en cuenta que no accede a ningún contrato en especial ya existente sino a eventuales créditos futuros que aún no existen y «la suma determinada a que se extiende la hipoteca» (num.4°), lo que tampoco puede determinarse con precisión porque el crédito aún no fue concedido y no se sabe a cuánto ascenderá. Por lo tanto esa hipoteca que no puede ser inscripta carecerá de valor al faltarle uno de los requisitos de solemnidad. En consecuencia será inexistente y el derecho real que pretende consagrar no tendrá eficacia en forma alguna ni posibilitará la ejecución de esa hipoteca cuando se trate de obtener el reintegro de la suma prestada.

La generalidad, frente a la necesaria especialidad de la hipoteca, y la falta de relación entre la hipoteca y el crédito al que la misma accede, impide no sólo su inscripción sino también la admisión de las hipotecas cambiarias en nuestro derecho.

Agregan los autores asimismo que, si bien el art. 2326 inc.2° del C.C. establece que podrá otorgarse la hipoteca en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda, este artículo no puede interpretarse aisladamente sino de acuerdo al art. 2334 num.2 que exige la determinación de la fecha y la naturaleza del contrato a que acceda, al punto de que el art. 2326 también requiere que acceda a uno o más contratos porque en nuestro derecho la hipoteca es esencialmente, un contrato accesorio a una relación obligatoria cuyas características deben estar determinadas y no imprecisas.

Coadyuvaba con esta posición, el Dr. Sagunto Pérez Fontana en "Títulos Valores- obligaciones cartulares", T. II, interpretando el art. 10 del Dec.-ley 14701 que edictaba que "la transmisión de un título valor implica no sólo la del derecho principal incorporado sino también la de los derechos accesorios" en el sentido que la expresión accesorios no se refería a las garantías extracambiarias sino que los únicos derechos accesorios que se transmiten son los intereses pactados cuando ese pacto es procedente. Fundaba esa posición en la circunstancia de que la accesoriedad del derecho de garantía refiere a su validez en el sentido de que el derecho principal sea válido, porque sin derecho principal no hay derechos accesorios, pero la accesoriedad no supone que si se cede el derecho principal se cede también el derecho accesorio. Según el autor, en nuestro derecho no era admisible que el endoso transfiriera la hipoteca constituida para garantizar un título valor porque la transferencia de ese derecho real debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas por así exigirlo el art. 23 de la ley de Registros de la Propiedad Raíz y el art. 18 apartado c del decreto reglamentario que además establece que el registro no admitirá anotación de cesiones de créditos hipotecarios mientras no hayan sido debidamente notificados los respectivos deudores. En consecuencia concluía el profesor que como el derecho accesorio de garantía a que refiere la ley es el que resulta del título no de otro documento distinto, los únicos derechos accesorios que se transmiten son los intereses pactados cuando ese pacto sea procedente o sea en el caso de letra de cambio pagadera a la vista o dentro de cierto plazo desde la vista.

Contra esta posición se pronunció, fundamentalmente, Nicolás Herrera en "La transmisión del título valor y la transmisión de las garantías (Art. 10 Decreto-Ley 14701)" (A.D.Com. 2) sosteniendo que un tenedor

de un título valor que lo hubo, por ejemplo, por endoso, podría ejecutar la hipoteca o prenda sin desplazamiento que le accede sin haber inscrito la transmisión del título valor, es decir la transmisión de la obligación principal; y esto en virtud del principio de accesoriedad y el art. 10 del dec.-ley 14701: lo accesorio sigue a lo principal; la transmisión de un título valor transmite los derechos accesorios. Si el nuevo titular no inscribe, no hace pública la transmisión de la obligación principal, está asumiendo el riesgo de que su derecho sea ineficaz, inoponible frente a un tercero con un derecho que se dispone respecto del bien o bienes dados en garantía.

En efecto, según el autor, las garantías extracartulares se transfieren de pleno derecho. En primer lugar fundó su posición en los antecedentes. En efecto, el art. 10 fue tomado al igual que toda la parte general del proyecto de ley uniforme de títulos valores para América Latina elaborado por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada a pedido del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL). El art. 10 de dicho proyecto tenía exactamente la misma redacción con la única diferencia de que nuestra ley agregó el vocablo valor al sustantivo título. Esta norma se redactó tomando en cuenta el art. 10 del proyecto de ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores, con idéntica redacción, y el art. 18 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México de 1932 que establece que: la transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado y, a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios». La ley mexicana no deja dudas en cuanto a que la expresión accesorios comprende las garantías reales y personales.

El autor no comparte la interpretación efectuada por el profesor Sagunto Pérez Fontana en virtud de que entiende que la que él- Herrera- efectúa es la única interpretación posible.

En efecto, si la expresión derechos accesorios no se refiere a las garantías extracambiarias sólo podría referirse a las cambiarias o a los intereses.

La única garantía típicamente cambiaria la constituye el aval aun cuando tanto el librador de una letra como el endosante garantizan en principio la aceptación y el pago; todos estos obligados cambiarios se obligan al momento de suscribir el título valor y la transmisión de este por ejemplo por endoso, transmite al endosatario todos los derechos contra todos los obligados cambiarios. El art. 10 no consagra este principio pues, ni la obligación del avalista, del librador ni del endosante puede considerarse un derecho accesorio y si se los considerara tales no agregaría nada a nuestra ley.

Si la expresión derechos accesorios se refiriese a los intereses entonces el art. 10 estaría de más. O bien la obligación de pagar intereses surge del propio título valor - cuando ello es válido- y en ese caso pierde razón de ser, funcionaría sencillamente el principio de literalidad, o bien se refiere a los intereses no incorporados al título valor y en ese caso también el art. 10 pierde razón de ser pues la obligación de pagar intereses no incorporados debe surgir de norma legal expresa.-

Para interpretar el vocablo accesorios recurre el autor al contexto de la norma y a las reglas de interpretación de los arts. 18 y 19 del C.C. Cuando el legislador ha definido expresamente una palabra para ciertas materias se les dará el significado legal. En este sentido, los arts. 1761 del C.C. y 566 del C. de Com. expresan que la venta o cesión de un crédito comprende sus accesorios como las fianzas, prendas, hipotecas o privilegios. Existe por tanto una determinación legal del significado de la palabra accesorios en la materia de transmisión de créditos, por lo cual se torna imperativo interpretar coherentemente el sistema normativo y concluir que el endoso transfiere las hipotecas, prendas o fianzas que accedan al título valor. La ley de títulos valores utiliza la expresión «cesión de créditos no endosables» por lo que resulta claro que la cesión de créditos es un instituto aplicable a los títulos valores y entonces se impone una interpretación armónica de los institutos de transmisión de títulos valores que reglamenta el decreto-ley 14701 y las normas del Código de Comercio y Código Civil.

Otro argumento se funda en el principio de accesoriedad, en virtud del cual, el contrato de garantía tiene una relación de dependencia funcional respecto del contrato al que accede y además sigue la suerte del principal, por ello no puede compartirse lo expresado por Pérez Fontana.

Asimismo el art. 65 de la ley de títulos valores dispone que el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio. La doctrina comparada es casi unánime en cuanto a que esta disposición abarca la transmisión de las garantías extracartulares

También entiende el autor, luego de analizar las normas especiales sobre transmisión e inscripción de las prendas sin desplazamiento y las hipotecas, que la inscripción de la transmisión tiene efecto meramente declarativo. Tanto a través de las normas sobre endoso en las prendas sin desplazamiento como a través de las normas sobre cesiones de hipotecas llega a esa conclusión. La inscripción registral del contrato de hipoteca o de prenda sin desplazamiento hacen nacer el derecho real de garantía (o vínculo de indisponibilidad en el caso de la prenda según Gamarra). De ahí que se entienda que se trata de publicidad constitutiva pues constituye el derecho real y vendría a cumplir función de modo. Mas la inscripción del cambio de titular de un

derecho real de prenda o de hipoteca no constituye una inscripción constitutiva de ningún derecho real (o vínculo de indisponibilidad); éste ya existe y se mantiene con su misma fecha original de constitución. En definitiva, un tenedor de un título valor que lo hubo por ejemplo por endoso podría ejecutar la hipoteca o prenda que le accede sin haber inscripto la trasmisión del título valor, es decir la trasmisión de la obligación principal. La legitimación para ello la da el funcionamiento del principio de accesoriedad y el art. 10 del dec.-ley 14701; lo accesorio sigue a lo principal; la trasmisión de un título valor trasmite los derechos accesorios. Si el nuevo titular no inscribe no hace pública la trasmisión de la obligación principal, está asumiendo el riesgo de que su derecho sea ineficaz frente a un tercero.

En el mismo sentido se pronunció la Dra. Eva Holz en "Circulación del título valor y trasmisión de las garantías extracambiarias" (Títulos Valores- Problemática vigente) quien sostiene que lo establecido en el art. 10 del Dec.-Ley 14701 en materia de trasmisión de garantías no es otra cosa que una reiteración del principio común en nuestro derecho positivo en el sentido que la adquisición de un derecho conlleva la trasmisión automática al mero titular de las garantías que acceden al derecho principal. No es está ante un problema atinente a una norma excepcional vigente exclusivamente en sede de títulos valores. Por el contrario, es tan solo la expresión en este ámbito del principio general vigente en nuestro derecho de que la trasmisión de un derecho supone la de las garantías que le acceden.

Concluye entonces la autora que la trasmisión de los derechos consagrados en el título valor supone la trasmisión de las garantías extracartulares. Dicha trasmisión se efectuará necesariamente por los medios de circulación habituales para los títulos valores, es decir, por entrega del documento o además endoso, o bien el transfert. Incluso es posible que la trasmisión se verifique por una cesión de créditos no endosable.

Beatriz Bugallo, en su trabajo señala, con relación a la trasmisión de las garantías extracambiarias, que el derecho positivo uruguayo nada establece al respecto concluyendo la mayoría de la doctrina que si bien se trata de una operación permitida, por tratarse de una garantía real, la cesión de la misma debe seguir el mismo trámite que el de su constitución, sin importar cómo se documente la obligación principal.

Destaca el predominio de la rigidez de los principios del Derecho Inmobiliario frente a la posición minoritaria en doctrina comercial que a partir del art. 10 del Dec.- Ley 14701 que regula los títulos valores argumentaba su admisibilidad.

Concluye la autora que la posición más recibida en el derecho uruguayo:

a) desconoce la particularidad de la forma de trasmisión de la obligación principal al caso concreto; b) y no toma en cuenta la interpretación del art. 10 del Dec.-ley 14701 en el sentido que derechos accesorios que se transmiten junto con el título sean las garantías del mismo.

La única excepción es la expresa regulación de la posibilidad de emitir obligaciones o debentures con garantía real prevista por el art. 440 de la Ley de Sociedades Comerciales, la cual, por su técnica legislativa de formulación, y el contexto legal en que se le encuentra no puede ser de fácil adopción como norma madre que habilite una analogía para su aplicación a títulos valores.

Si bien manifiesta su adhesión a la posición minoritaria entendiéndolo que la norma del art. 10 admite que las garantías se transmitan cuando se está transmitiendo el título valor que respaldan por estar alcanzadas por la expresión «accesorios», admite que en nuestro país, las normas generales respecto de las formalidades para la trasmisión de los contratos de constitución de las garantías reales conocidas como prendas o hipotecas y las normas registrales constituían un obstáculo insalvable en el estado legislativo actual para la operatividad del art. 10 citado. Es decir que siendo transmitidas las garantías reales junto con la obligación principal incorporada en el título valor, esta trasmisión no podía considerarse válida frente a terceros pues formalmente incumplía las exigencias legales y especialmente porque no es admitida en el Registro Público correspondiente, cosa que le quita toda efectividad.

Y concluye que las garantías reales accesorias a un título valor, deben poder ser transmitidas al igual que el documento en el cual aparece incorporada la obligación principal, posibilidad que sólo puede considerarse positiva para el desarrollo actual del crédito, no siendo valederas las antañas consideraciones contrarias y para la utilización ventajosa de las garantías reales de las obligaciones contraídas en títulos valores, vales o letras de cambio, debe regularse claramente en nuestra legislación la posibilidad de su adopción mediante el agregado de los requisitos de la escritura tales como la identificación de los títulos valores a los que accede, la intervención registral en razón de que la misma se agote en la constancia en los títulos valores de la inscripción de la garantía real, la trasmisión disponiendo expresamente que será bastante la vía traslativa que condiga con el título valor de que se trate, la cancelación, admitiendo que la sola exhibición de los títulos valores descriptos en la escritura inscripta por el deudor baste para la cancelación

La ley 16906 en su art. 30 agregó tres nuevos incisos al art. 10 :

" Los derechos emergentes de las garantías reales o personales que acceden a un título valor, se transfe-

rirán de pleno derecho por la sola transmisión del título valor en que conste la garantía que le accede, sin necesidad de inscripción alguna. Para la transmisión de garantías que respaldan títulos valores objeto de oferta pública se estará a lo que disponga la legislación específica en la materia”.

“Las garantías reales que se constituyan para asegurar el cumplimiento de obligaciones cartulares se inscribirán en los Registros Públicos correspondientes individualizando el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás elementos que correspondan a su naturaleza. A los efectos de la referida inscripción registral no será necesario identificar a los sucesivos tenedores del título garantizado”

“Las garantías se cancelarán por declaración unilateral del deudor y la exhibición del título valor. En defecto de la exhibición del título, para obtener la cancelación de la garantía deberá acreditarse ante el registro, o ante el depositario, en su caso, la consignación judicial de los importes”.

A partir de esta norma no existen dudas en cuanto a la admisibilidad de la hipoteca y prenda cambiarias en nuestro país.

Señala al respecto Isaac Gorfinkiel en « La hipoteca cambiaria en Uruguay» (L.J.U.t. 119) que era una materia pendiente en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la normativa aprobada le merece las siguientes críticas: a) no establece el modo en que se han de relacionar o ligar la hipoteca con los títulos; el derecho comparado ofrece dos soluciones, o la anotación se hace por el Escribano otorgante de la hipoteca o el Registrador, como no existe normativa, el principio de legalidad impediría dicha anotación y sin tal autenticación, el sistema resulta inaplicable; b) estando los documentos en poder de pluralidad de tenedores que se desconocen entre sí, ya que pueden ser creados al portador o llegar a serlo luego de un endoso en blanco, y además por no ser necesaria la registración de su transmisión, la ejecución por parte de cualquiera de ellos impide que se cite personalmente a los demás acreedores con igual derecho de preferencia debiendo notificarse por edictos y eventualmente designarse defensor de oficio; c) aún así y sin normas legales que lo establezcan no se advierte la forma en que puedan acumularse las pretensiones y procesos que se promuevan: la acumulación sucesiva por inserción de un nuevo litigio ha sido rechazada por nuestros tribunales y tampoco procedería la ampliación en cuanto a las partes (acumulación subjetiva), siendo la acumulación de autos objetada en el proceso monitorio.; y d) todavía, si se superaran todos los obstáculos precedentes y alguno de los tenedores llegara al remate, no será nada fácil determinar cómo distribuir el precio obtenido; e) finalmente la cancelación de la hipoteca según las previsiones del art. 4° de l art. 10 plantea dificultades insalvables.

Por estas carencias y otras estima el autor que no será posible, por ahora, que se otorguen hipotecas como las que considera el art. 10 del Dec.-Ley 14701 con su nueva redacción; no obstante, la hipoteca cambiaria que garantiza títulos cambiarios derivados de una relación crediticia de mayor amplitud donde la hipoteca es anterior a la creación de los títulos, por lo que éstos no pueden estar individualizados en el contrato de hipoteca, puede seguir existiendo como hasta ahora sin que la afecten las impugnaciones que se le han efectuado.

El profesor Siegbert Rippe en “Aspectos Mercantiles” («Ley de Inversiones- Enfoques multidisciplinarios»), expresa que la Ley de Inversiones amplía el art. 10 de la Ley de Títulos Valores de modo que es incuestionable que las garantías reales y personales quedan comprendidas en el ámbito de la circulación del título valor sin necesidad de registro. Además se establece que en oportunidad de la constitución y registro de las garantías reales no es necesario individualizar a los sucesivos tenedores del título garantizado y que las garantías pueden cancelarse por declaración unilateral del deudor, y la exhibición del título valor, pudiendo sustituirse esta última formalidad por la acreditación ante el Registro o ante el depositario de la consignación judicial de sus importes.

También el Esc. Roque Molla en « Incidencia de la ley 16906 en el régimen hipotecario uruguayo» («Ley de Inversiones- Enfoques multidisciplinarios») señala que ahora es viable, ley mediante, la hipoteca cambiaria. No obstante entiende que la fórmula legal es defectuosa en lo que ha sido la forma de individualizar al título valor al cual accede la hipoteca. La ley establece la posibilidad de la anotación en la obligación cartular y a su vez la vinculación entre la hipoteca con la relación a la cual accede. La falencia está en no haber establecido un sistema que brinde certeza absoluta en cuanto a saber a cuál vale o título accede la hipoteca. En derecho comparado, a vía de ejemplo, en Italia, se utiliza un sistema llamado de «contraseña» en que el Registrador pone una nota en el vale que de esta forma queda identificado como el garantizado con la hipoteca. En Argentina el art. 3202 del C.C. establece la inscripción por el anotador de hipotecas.

Ricardo Merlinski en «Garantías reales o personales accesorias a títulos valores y su transferencia y limitación del art. 10 Dec.-Ley 14701 en su nueva redacción por el art. 17 decreto 92/98» (Lex Vol. 2 N° 4), afirma que mediante la nueva redacción del art. 10 de la ley de títulos valores se colmó la laguna referente a la constitución y transmisión de las garantías personales y especialmente las reales accesorias a un título valor.

De acuerdo a lo edictado en el inciso 3° la hipoteca o prenda accesoria a un título valor deberá

inscribirse y en la inscripción deberá individualizarse el título valor garantizado. Pero para que este mecanismo opere satisfactoriamente será indispensable individualizar antes en el propio texto de la garantía real que se constituya los elementos esenciales del título valor al que la garantía accede, y ello con independencia de que la información exista también en el propio título valor y de su eventual presentación o exhibición en el momento de la inscripción de la garantía en el Registro. La ley exige se individualice el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás «elementos que correspondan a su naturaleza» entendiéndose por tales los elementos esenciales que la propia ley exige para la existencia de un título valor, en su parte general, y más aquellos que exige en su parte especial para que se configure cada especie de título valor. Ello incluye la individualización del primer tomador o primer beneficiario, en caso de títulos nominativos y títulos a la orden. Si el título está al portador se deberá dejar constancia de ello, tanto en el instrumento constitutivo de la garantía real como en la inscripción registral.

La garantía real o personal de la obligación cambiaria se transmite a los sucesivos tenedores del título sin formalidades, mediante la sola transmisión del título; por ende de no pagarse el título valor, su legítimo tenedor podrá valerse de la garantía constituida con el grado adquirido por ella al momento de la inscripción originaria.

Es requisito de la garantía real de que se trate su inscripción registral. En esto no se aparta el art. 10 del dec.-ley 14701 de los principios generales en materia de hipotecas. Sin inscripción no nace la prenda ni la hipoteca. Ahora bien, la inscripción se efectuará como es habitual frente al propio obligado cambiario que consiente en constituir prenda o hipoteca sobre bienes propios o ya sea frente a un tercero que interviniera para garantizar la obligación cartular de alguno de los firmantes del título valor. Respecto de quién será el sujeto activo de la inscripción registral, la ley no dice nada al respecto, estima el autor que no puede ser otro que el tenedor del título valor al momento de la constitución de la garantía, siempre que sea legítimo tenedor de acuerdo a la ley de circulación del documento; puede entonces tratarse del primer tomador o de cualquier endosatario posterior. Entiende asimismo que si se hubiera omitido la inscripción inmediatamente después del otorgamiento de la garantía, el derecho a solicitar la inscripción se transfiere también como accesorio al crédito cartular con el endoso y entrega del título.

Señala el autor que la ley no prevé que para el caso de los títulos a la orden se deba exhibir el título valor al registrador a fin de que éste anote en el título los datos referentes a la inscripción de la hipoteca o la prenda; cosa que sí exige la ley italiana. Nuestro sistema se hubiera beneficiado mucho exigiendo tal formalidad desde que la razón de la misma reside en asegurar la perfecta individualización del título valor garantizado mediante la prenda o hipoteca en interés de terceros. De prescindirse de tal inscripción en el propio título no se podrá tener certeza absoluta de que el título valor utilizado para hacer funcionar la garantía hipotecaria sea realmente aquél para el cual se constituyó la hipoteca. Esta constancia debe ser considerada requisito esencial para que el tenedor del título valor puede valerse de la garantía real que le accede. La misma, en opinión del autor, no puede hacerse por ningún obligado cambiario, tampoco por el tercero garante ni por el Escribano autorizante de la garantía, dicha constancia debe colocarse por el registrador, la inscripción y anotación son requisitos constitutivos en el caso de la hipoteca y la prenda. Y será oponible a terceros solamente a partir de la inscripción. La publicidad que requiere la constitución de una garantía y las anotaciones y constancias a ella referente sólo pueden hacerse efectivas a través del encargado de esa publicidad: el registrador.

Con relación a la transmisión de las garantías, la ley simplifica todo el sistema de las garantías reales y su transmisión estableciendo que el título garantizado puede ser transferido por los medios cartulares habituales y que esta transmisión por sí sola opera la transferencia de la garantía que le accede sin necesidad de inscripción alguna. Así al vencimiento el legítimo tenedor podrá ejercitar los derechos inherentes al título y valerse de la garantía que le accede merced a la legitimación para ello que emanará del propio documento cartular. De ese modo el ejecutante no tendrá que producir prueba alguna de las relaciones sobre cuya base se convirtió en legítimo tenedor del título.

La anotación de la garantía en el título valor permite vincular de modo inequívoco la garantía real al título valor en cuyo favor fue constituida. Tal anotación no transforma a la garantía real o personal en un derecho literal y abstracto. Si bien la transferencia de la garantía se realiza mediante la circulación cambiaria del título, esta garantía sigue constituyendo una relación extracambiaria a la que no puede aplicarse el principio de la abstracción.

Las Dras. Teresita Rodríguez y Alicia Ferrer en «La nueva redacción del art. 10 de la ley de títulos valores y el fin de una interminable discusión» (LEX Vol I N°3), sostienen que el agregado efectuado por la ley de inversiones al art. 10 del Dec.-Ley 14701 terminó con la discusión acerca de la transmisión de las garantías reales o personales accesorias a un título valor. La inequívoca consagración de las garantías reales cambiarias

en esta nueva disposición viene a consagrar las aspiraciones de la más moderna doctrina mercantilista.

La prenda e hipoteca cambiarias, como señalan las mismas, son garantías accesorias a la obligación principal documentada en el título valor por lo que deben adaptarse al régimen cambiario. Según las autoras, estamos en presencia de una garantía real cambiaria cuando existe la pertinente correlación documentada, formalizada conforme lo exige la legislación entre los respectivos instrumentos.

Debe constar en el propio título valor la existencia del derecho real de garantía y además, en el documento constitutivo de ésta y en el momento de su inscripción, deberá individualizarse el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento, y demás elementos que correspondan a su naturaleza. No será necesario identificar a los sucesivos tenedores del título garantizado a los efectos de la inscripción registral.

El carácter accesorio del derecho real de garantía impone, para una adecuada solución hermenéutica, concluir que la invalidez del derecho real de prenda o hipoteca cambiaria no importa la de los derechos cambiarios principales. El acreedor, aún sin poder ejecutar la garantía podrá iniciar las acciones cambiarias pertinentes. Por otra parte, la extinción de la obligación cartular importa la del derecho real cuyo instrumento es inoperante con independencia del título valor.

El derecho real de garantía debe, según las autoras, surgir contemporáneamente o con posterioridad al título cambiario manteniendo siempre la mencionada correlación documental con el o los títulos valores a que accede.

Con la nueva disposición no solo se agota el debate sobre el significado de la expresión «accesorios» antes referido, sino que se instrumenta la forma para que la transmisión de las garantías al circular el título valor sea válida y eficaz. La nueva norma indica que bastará para que se transfiera ipso iure los derechos emergentes de las garantías reales o personales que accedan a un título valor, con que esta garantía conste en el tenor del título, es decir comprendido en la literalidad de éste y sujeto por tanto al rigor cambiario. Cumplido con este requisito, que no es ajeno al carácter documental del título valor, la transmisión de la garantía opera sin que sea necesaria ninguna inscripción, salvo aquellas garantías que respalden títulos valores objeto de oferta pública en cuyo caso el legislador remite a las exigencias impuestas por la ley especial.

Daniel Hargain y Gabriel Mihali en «Modificaciones introducidas por la ley 16906 al régimen de garantías reales» sostienen que con esta nueva solución legal se extienden de manera general e irrestricta los mecanismos que la ley de Mercado de Valores había creado para las obligaciones negociables que ahora pueden ser empleados en cualquier clase de obligaciones cartulares con garantía real siempre que cumplan determinados requisitos.

Expresan que para que una garantía real quede sometida al régimen creado que no deroga el sistema anteriormente en vigor es necesario que además de los requisitos generales en materia de solemnidad y publicidad se satisfagan extremos especiales impuestos por la ley 16906.

En el título valor debe hacerse mención de la existencia de la garantía real que le accede (art. 30 inciso 1); y como contrapartida, en la garantía real debe individualizarse el título valor garantizado, consignando su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás elementos que correspondan a su naturaleza (art. 30 inc.2).

En lo que respecta a la mención en el título, se ha planteado el interrogante de si la misma constituye parte del contenido del instrumento o no. Si se ubica antes de la firma del librador, forma parte de la declaración unilateral de éste y resulta refrendada por su firma; en cambio, si no integra el tenor originario del instrumento, sino que se agrega a posteriori de su creación, puede ser en forma simultánea, podría estamparla otro sujeto- por ejemplo el Escribano llamado a intervenir en la constitución de la garantía; o el registrador.

Se preguntan los autores si la garantía puede acceder a más de un título valor; en otras palabras, si en cada contrato de hipoteca o prenda debe garantizarse un único título valor o por el contrario el crédito reforzado puede documentarse en varios instrumentos cambiarios. Al respecto, la doctrina ha advertido sobre los inconvenientes que pueden plantearse para el caso de que la misma garantía acceda a una pluralidad de títulos valores: si los mismos circularan en forma autónoma y pasaran a poder de diversos acreedores, la ejecución podría ser entablada por cualquiera de ellos con independencia de los demás, que incluso no sería sencillo identificarlos para ponerlos al tanto de la situación. Sin perjuicio, los autores se inclinan por una respuesta afirmativa.

Otro tema que entienden no resulta aclarado del texto legal, es el de si debe existir simultaneidad entre la creación de los títulos y la constitución de la garantía real que accede a los mismos. Este punto está estrechamente ligado a la circunstancia de si la mención de existencia de la garantía que debe incluirse en el título valor, forma o no parte del contenido obligacional del mismo. Si la mención integra el tenor del instrumento, la garantía deberá constituirse en forma previa o simultánea al libramiento del título valor. (art. 2326 C.C.). Si la mención no integra el tenor del instrumento, la constitución de la garantía podrá ser anterior, concomitante o posterior a la creación del instrumento de crédito.

Siempre que se cumplan los requisitos analizados, los derechos emergentes de las garantías reales o personales que acceden a un título valor se transferirán de pleno derecho, por la sola transmisión del instrumento cartular en cuestión, prescindiéndose de la publicidad registral. Es claro que el legislador, viéndose en la necesidad de combinar el régimen lento de circulación de las garantías reales con el ágil sistema de transmisión de los títulos valores, se inclinó por privilegiar la segunda opción, facilitando de esa manera el desarrollo de la actividad comercial.

En cuanto a la cancelación, estiman que también se adoptaron los principios cambiarios: una vez pagado el crédito, debe restituirse el título valor al deudor quedando de esa forma acreditada la cancelación del adeudo (art. 6 Dec-Ley 14701). Se invierte el régimen tradicional imperante en la materia de acuerdo con el cual la cancelación de las garantías reales adopta la forma de una declaración unilateral del acreedor. Este mecanismo ha sido severamente criticado sosteniéndose que el legislador no ha reparado en que el título valor es un instrumento obligacional unilateral, creado exclusivamente por el propio deudor, sin intervención de los demás sujetos intervinientes en la operación. Se estaría dejando abierta la posibilidad, entonces de que el propio deudor, a posteriori de constituida la garantía recreara un instrumento idéntico con su firma autógrafa, utilizándolo fraudulentamente para cancelarla. No obstante, consideran que debe reconocerse que, en los hechos, la diligencia y buena técnica notariales hacen que el Escribano llamado a instrumentar la cancelación requiera la presentación de la garantía que se pretende liberar; asimismo, el Registro competente debe exigir la agregación del título del derecho que se cancela, si bien el mismo puede sustituirse con un certificado registral que acredite la existencia del gravamen. Otra alternativa para evitar la posibilidad de cancelaciones unilaterales sería que el propio deudor por acto unilateral abdicativo incluido en el mismo instrumento de garantía, renunciara al derecho que le confiere la norma.

En caso de extravío del título valor, la liberación de la garantía se complica: su ausencia no puede ser suplida con la declaración unilateral del acreedor, manifestando que el crédito ha sido satisfecho, porque resulta imposible tener certeza de quién es ese acreedor. En efecto dada la ágil circulación de los títulos valores la única manera de saber quién es el acreedor es examinando el documento; el contenido de la prenda o la hipoteca nos podrán ilustrar acerca de quién era el acreedor al tiempo de constituirse la garantía pero no puede presumirse la inexistencia de posteriores transmisiones del crédito. Por lo expresado es que la ley establece como única manera de obtener la cancelación la consignación judicial de los importes adeudados acreditando dicho extremo ante el Registro.

La Escribana Teresita Mercader en « La hipoteca cambiaria y nuevas modalidades de prenda sin desplazamiento » (Primer Semana Académica del Instituto de Técnica Notarial) señaló que el art. 30 de la ley 16906 establece que el título valor se puede garantizar con hipoteca y se tiene que hacer mención en el título valor de la existencia del derecho real que le accede. Al mismo tiempo, en la hipoteca se tiene que individualizar el título valor garantizado con la hipoteca indicando quién lo libró, su importe, fecha de vencimiento, y los demás elementos que correspondan a su naturaleza. De lo que concluye que el título valor debe ser por lo menos anterior o simultáneo a la constitución de la hipoteca.

La norma agrega en otro de sus incisos que la transmisión de un título valor apareja la transmisión de la garantía real que le accede, por supuesto que con los requisitos mencionados.

Afirma la autora que, si bien pudo pensarse que la hipoteca cambiaria sustituiría, en la actividad bancaria fundamentalmente, a la hipoteca abierta constituida en garantía de un contrato, normalmente de apertura de crédito o de cuenta corriente, en función de las objeciones que se le formularon siempre a la hipoteca abierta, la misma no tuvo la difusión que se esperaba por inconvenientes de orden práctico. En primer lugar, porque al exigir que se relacione en la escritura de hipoteca el título valor garantizado impide que el derecho real acceda a las obligaciones cartulares que asumirá el concedente de la hipoteca en el futuro. Esto representa un inconveniente para su utilización por los Bancos, fundamentalmente cuando se habla de contrato de apertura de crédito. Cuando un Banco otorga un préstamo a una determinada persona para que luego lo utilice o no, aunque no está todavía firmado el documento por el cual esa persona contrae las obligaciones, en la práctica constituye ya la hipoteca en ese momento garantizando las eventuales obligaciones que asumirá luego y que se documentarán normalmente en el tráfico bancario en un título valor. Este sistema eventualmente no lo puede cubrir la hipoteca cambiaria reglamentada en el art. 30 de la ley 16906 por la exigencia de simultaneidad o anterioridad del título valor ya que se tiene que dejar constancia en la escritura de hipoteca acerca del documento cartular en el que consta la obligación. Otro inconveniente es que se estableció un régimen amplio en cuanto a la cancelación de las hipotecas cambiarias desde que pueden ser canceladas por declaración unilateral del deudor quien deberá acompañar el título valor asegurado con la hipoteca.

HIPOTECAS ABIERTAS O GENÉRICAS

Respecto de la admisibilidad de las hipotecas abiertas cabe citar en el derecho argentino el interesante artículo publicado por Julio César Rivera «Conveniencia de admitir hipotecas abiertas» (Rev. Der. Priv. y Com. 2).

Parte a los efectos de su estudio de los caracteres esenciales de la hipoteca y coincidiendo con Silvestre expresa que entre los mismos se encuentran la accesoriedad y la especialidad.

Señala el autor que la accesoriedad emana del art. 3108 del C.C. y liga necesariamente el derecho de garantía a la existencia de un crédito al que va anejo. De modo que no es admisible la hipoteca del propietario del derecho alemán y como corolario de este sistema, la hipoteca sigue la suerte del crédito de modo que, como regla, extinguido o transmitido el crédito del mismo modo desaparece o se transmite la hipoteca que le accede.

En cuanto a la especialidad, expresa que se manifiesta en dos planos diferentes. Por un lado, la hipoteca debe ser especial en cuanto a la cosa, de modo que debe estar precisamente determinada la cosa o cosas objeto de garantía. Con ello se eliminan las hipotecas generales o comprensivas de todo el patrimonio de una persona. Por otro, la especialidad refiere al crédito conforme a los arts. 3109 y 3131 del C.C.. El principio de especialidad requiere en primer lugar la expresa mención en el acto constitutivo de la causa fuente de la obligación garantizada; en segundo lugar, exige que la obligación garantizada esté expresada en una suma cierta y determinada de dinero.

Cuando la hipoteca no tuviera por objeto garantizar una obligación de dar sumas de dinero basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. la autorización legal suple solo el segundo plano de la especialidad pero de ninguna manera permite omitir la mención de la causa fuente de la obligación garantizada.

Concluye Rivera que, la especialidad en cuanto al crédito, requiere la expresión de la causa fuente y su individualización en los términos del inciso segundo del art. 3131 del C.C. (lo que no puede suplirse de ningún modo) y la fijación del techo de la cobertura hipotecaria mediante la estimación de la magnitud de la obligación en una suma cierta y determinada en dinero.

El art. 3109 autoriza la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones eventuales. Al respecto, la doctrina identifica la obligación eventual como cualquiera que pueda existir 'ex post facto', toda obligación futura cuya existencia no es necesaria.

Un sector de la doctrina sostiene que por vía de la autorización de la segunda parte del art. 3109 puede constituirse hipoteca anticipada a la concreción de cualquier negocio jurídico bastando, en consecuencia, la expresión de la suma de dinero en la cual estima el máximo de la garantía. Pero la mayoría de los autores vincula la constitución de la hipoteca en seguridad de obligaciones eventuales con el principio de especialidad en cuanto al crédito. En otras palabras, se sostiene que si bien es admisible la constitución de hipoteca en seguridad de obligaciones futuras, el principio de especialidad en cuanto al crédito sólo se satisface si el contrato- o cualquier otra causa fuente- de la cual puede nacer la obligación garantizada, está descripto en la hipoteca en los términos del art. 3131 inc. 2°.

Como afirma el autor, el criterio aludido tiene repercusión en la jurisprudencia, así se ha resuelto que tratándose de créditos eventuales garantizados con hipoteca deberá tenerse especial precaución en fijar no sólo el máximo de la cobertura sino la razón de ser de los aludidos créditos que surgirán de la relación jurídica preexistente entre las partes. en definitiva, estos pronunciamientos, vienen a exigir que se exprese con claridad la causa fuente de la cual puede nacer la obligación a la cual accede la hipoteca. Es este el modo de cumplir con el requisito de especialidad.

En nuestro país la discusión respecto de la admisibilidad de las hipotecas abiertas se mantiene.

Así el Dr. Gorfinkiel (ob.cit.) expresa que esta variedad hipotecaria no es la que considera el legislador en los incisos agregados al art. 10 del Dec.-Ley 14701 pues éste exige una individualización impracticable dado el 'modus operandi' de la garantía referida. En ese sentido destaca que el Poder Ejecutivo en el Dec. reglamentario 92/98 art. 17 excluyó de la previsión de los inc. 3 y 4 del nuevo art. 10 del Dec.-Ley 14701 «las garantías reales o personales que accedan a una línea de crédito que cubra diversas operaciones, siempre que esta circunstancia se haga constar en el documento de la respectiva garantía».

Señala que la doctrina comercialista y los estudiosos del derecho hipotecario excluyen en general de la hipoteca cambiaria esta garantía, limitándolas a las que se otorgan en garantía de títulos valores determinados, esto es, creados antes o simultáneamente con la garantía real en cuestión y que por tanto pueden ser individualizados en la respectiva escritura del modo previsto en el art. 10 inc. 3° del Dec.-Ley 14701. En

cambio la hipoteca que en nuestro país se denomina comúnmente hipoteca cambiaria, es considerada hipoteca de obligación futura o eventual y será generalmente en garantía de una apertura de crédito sin perjuicio de que también pueda acceder a otro tipo de negocio o relación jurídica coetánea con la hipoteca en la que se establezcan sus líneas fundamentales. Para el autor no se trata de denominaciones incompatibles porque al principio lo garantizado es la apertura de crédito o el negocio o relación jurídica prevista como generadora de las obligaciones futuras o eventuales, pero no bien éstas comienzan a surgir, la hipoteca se hace cambiaria, ya que por lo general, las obligaciones garantizadas adoptarán la forma o estarán incorporadas a títulos valores cambiarios.

La denominación hipoteca genérica, estima que puede llevar a considerar que se admite la llamada cláusula de garantía general hipotecaria. Tampoco es conveniente la designarla hipoteca abierta pues lleva a confusión con otro tipo de hipoteca en la cual se reserva el derecho de constituir ulteriormente otra hipoteca de grado preferente. En cambio, sostiene que, la denominación, hipoteca de máximo es correcta, pero con ella en realidad se destaca solamente uno de sus caracteres que permite incluirla en dicho género: como en el momento de constituirse el gravamen es incierto o está indeterminado el monto a que finalmente puede llegar la obligación garantizada y dada la necesidad de cumplir con el requisito de la especialidad en cuanto al crédito en una de sus facetas, el de la suma determinada a que se extiende la hipoteca, se impone establecerlo como monto máximo garantizado.

En su opinión, con la sanción de la ley 16906, las críticas efectuadas fundamentalmente por Carlos y Roque Molla a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria en garantía de títulos existentes al momento de otorgarse la garantía real perdieron vigencia, manteniéndose respecto de las hipotecas con las que se pretende asegurar el pago de títulos cambiarios aún no creados, a librarse en el futuro. Es a ese tipo de hipotecas que se refiere el art. 17 del Dec.-Reglamentario N° 92/98 que «. Esta modalidad de hipoteca cambiaria, que es la única que se utiliza en nuestro país y prácticamente sólo en el sistema bancario, a pesar de la voluntad del legislador expresada en sentido favorable a su validez continúa recibiendo críticas que anteriormente se dirigieron contra toda forma de hipoteca en garantía de títulos valores.

Para Carlos y Roque Molla los principios de accesoriedad y sobre todo el de especialidad-en cuanto al crédito y en la faceta que refiere a la naturaleza de la obligación garantizada - serían los que la hipoteca cambiaria estaría violando; para ello distinguen entre futuro y eventual y entienden que la obligación eventual es la que responde a una relación actual, ya existente- ej. la pena para el caso de incumplimiento de un contrato vigente- y ella puede ser garantizada hipotecariamente.

Gorfinkiel comienza su análisis con la distinción entre eventual y futuro. La hipoteca cambiaria cuya validez se impugna estaría tratando de garantizar una relación futura no eventual que serían conceptos distintos.

La doctrina, especialmente en España y en Argentina ha tratado de definir los conceptos de crédito u obligación futura y/o eventual a los efectos de determinar la viabilidad de su aseguramiento arribando a conclusiones que no apoyan la posición crítica referida.

En España el art. 142 de la ley hipotecaria ha previsto la posibilidad de que la hipoteca se otorgue en garantía de obligaciones futuras, la hipoteca de este tipo de obligaciones es válida y surte efectos desde su inscripción, o sea que a partir de esta última adquiere el rango o prioridad y no desde que la obligación efectivamente nazca, aunque está sujeta condicionalmente a que ésto ocurra. La hipoteca en garantía de letras de cambio futuras, o a crearse, es considerada dentro de este tipo de hipotecas de obligación futura que reglamenta la ley española, aunque no se la denomina hipoteca cambiaria. En España el término futuro se utiliza con el mismo significado que Molla le da al término eventual, no obstante lo cual se reconoce la validez de la hipoteca constituida en garantía de letras futuras creadas o emitidas en cumplimiento de una apertura de crédito bancaria u originadas en una relación jurídica en la que se establezcan en sus líneas fundamentales las obligaciones garantizadas.

Expresa el autor que en Argentina, Vélez Sársfield al igual que nuestro codificador siguió a los exégetas del Código francés que planteaban la interrogante de si podían garantizarse obligaciones futuras o eventuales ya que el Código de Napoleón no las mencionaba; la respuesta afirmativa se tradujo en la incorporación en los Códigos Civiles argentino y uruguayo de la consiguiente previsión; en nuestro país el art. 2106 inc.2° que autoriza la fianza de obligación futura y en el art. 2295 que estipula que la prenda puede constituirse por una deuda eventual o condicional, disposición aplicable por analogía a la hipoteca.

Señala que la doctrina argentina ha procurado definir los conceptos de obligación futura, eventual o condicional, siguiendo en general las enseñanzas de la doctrina francesa que ordenó en forma jerárquica decreciente el grado de pendencia o «futuridad» de los derechos u obligaciones: frente a los derechos perfectos o puros y simples, se indican en primer lugar los sujetos a plazo, luego los condicionales (suspensivamente)

, en escala inferior los derechos eventuales (que son gérmenes, posibilidades más bien que realidades, que si llegan a producirse carecerán de retroactividad).

Aunque existen posiciones en el sentido de que eventuales y condicionales con una misma cosa, esta tesis en general es rechazada, se advierte además que los términos «derecho eventual» y «derecho futuro» han sido utilizados en forma equívoca, para algunos futuro es el género y eventual la especie, mientras que para otros es al revés, o se los considera en planos diferentes y en el «eventual» se entiende que ya existe un germen de derecho mientras que los derechos futuros serían los «meramente posibles, que carecen de toda existencia actual y no reúnen la entidad mínima de los eventuales» (cf. Guastavino en «Derechos eventuales» en Rev. del Notariado (argentina) N° 738).

Destaca que existen posiciones que, en base a un concepto de eventualidad o «futuridad» que no admite el condicionamiento señalado por la doctrina española y la argentina mencionada, sostienen que no es necesaria la existencia de una relación actual en gestación: cualquier clase de crédito futuro o eventual puede ser garantizado sin necesidad de que una relación ya existente se haya establecido entre las partes. Conforme a esta posición, la apertura de crédito y demás relaciones jurídicas indicadas, no serían el antecedente necesario de la hipoteca de títulos cambiarios de creación futura, admitiéndose la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria habitual en los formularios utilizados en la actividad bancaria.

Al igual que Rivera, el autor entiende que el tema se vincula con la especialidad y accesoriedad invocadas como principios esenciales del régimen hipotecario involucrados en el mismo.

Las diversas teorías señaladas sobre las características que debe tener la obligación principal - desde el punto de vista de su «futuridad» - para que pueda ser garantizada con el contrato accesorio de hipoteca, han sido clásicamente fundadas en uno de los proclamados principios esenciales de nuestro régimen hipotecario: el de especialidad, en cuanto al crédito que la hipoteca garantiza que se manifiesta a través de dos facetas. la primera, que exige un crédito determinado en su monto (arts. 2333 y 2334 num.4 C.C.) y la segunda que requiere que el crédito esté claramente determinado en cuanto a su naturaleza, o sea que se indique la causa u origen y demás características del mismo.

La especialidad de la hipoteca así definida ha sido objeto de aguda crítica por parte de la moderna doctrina hipotecarista: respecto del monto o importe determinado, se ha dicho que no es especialidad del crédito sino del gravamen hipotecario; el crédito puede ser de un monto desconocido al momento de otorgarse la garantía- lo que ocurrirá generalmente con los créditos futuros o eventuales- y de ahí la necesidad de estimación que fijará el límite de la responsabilidad hipotecaria pero no del crédito que podrá ser mayor o menor. Se trata de una precisión terminológica que no hace al fondo del problema pues de todos modos en nuestro régimen legal no puede otorgarse la hipoteca sin fijarle un monto por encima del cual, aunque el crédito sea superior, la hipoteca no lo cubre.

Pero la crítica que sí interesa es la que controvierte la especialidad del crédito en cuanto a la determinación precisa del crédito u obligación garantizada. Esta posición ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina argentina (Highton en «La especialidad y la accesoriedad de la hipoteca con particular referencia a las hipotecas aciertas» Jurisprudencia Argentina 1981-I y Silvestre, ob. cit). Al respecto señala que las normas que permiten el otorgamiento del contrato de hipoteca en garantía de obligaciones futuras o eventuales demuestra que asiste razón a quienes señalan que la exigencia del art. 2234 num.4 C.C. se explica teniendo en cuenta el tipo de hipoteca que tenía en mente el legislador, esto es, la común llamada de tráfico en donde el crédito y la garantía surgen generalmente de la misma escritura de hipoteca. Pero tratándose de hipotecas de seguridad - como son las cambiarias - que garantizan variedad de obligaciones que aún no existen ni se sabe cómo se ha de configurar o que características tendrán -en caso de que surjan- la disposición carece de aplicación.

Los autores que formulan esta crítica al principio de especialidad afirman que en realidad el principio involucrado en el tema es el de accesoriedad. La hipoteca es en nuestro ordenamiento legal un contrato accesorio por lo que debe expresarse en el mismo cuál es la obligación garantizada, y si ella aún no existe, indicar los elementos que permitan su determinación o individualización. No se exige entonces que se designe el contrato y su fecha o archivo sino que para cumplir con el principio que está en juego, es suficiente indicar la relación obligatoria, actual o futura de la cual podrá surgir la deuda que con la garantía se pretende asegurar. Determinación no es sinónimo de «individualización actual» pues alcanza con que se den los elementos para que ella pueda hacerse y ello es así en todos los contratos de garantía, por lo que los argumentos esgrimidos por Gamarra para demostrar la validez de la fianza general bancaria también pueden esgrimirse para justificar la procedencia de la hipoteca cambiaria que garantiza obligaciones -futuras o eventuales- emergentes de relaciones crediticias entre acreedor y deudor, este último y los terceros conocen o pueden conocer quién tiene derecho preferente sobre el inmueble, por qué créditos y hasta qué monto.

Por su parte Roque Molla, en “ Incidencia de la ley 16906 en el régimen hipotecario uruguayo», en «Ley de Inversiones- Enfoques multidisciplinarios» afirmó que en cuanto a la hipoteca abierta que es inviable en nuestro derecho en virtud de los principios de accesoriedad y de especialidad. El principio de especialidad es el que exige la referencia a cantidad y a un crédito y no solamente a una cantidad como se ha pretendido. El 2334 del C.C. en sus incisos 2 y 4 con respecto al contenido de la inscripción de la hipoteca es terminante. Además debe distinguirse lo eventual de lo futuro, la hipoteca puede garantizar una obligación eventual determinada en la relación base contrato principal, pero lo que no puede garantizar es lo que todavía no existe, y esto es lo que sucede con las hipotecas abiertas. Cuando se establecen, garantizan los futuros créditos y en esa parte no hay posibilidad de constitución del derecho real de hipoteca.

Asimismo en «La ley 16.906 de promoción y protección de inversiones y el régimen hipotecario uruguayo” (A.D.C.U. T. XXIX) analizando el artículo antes citado de Gorfinkiel, el autor manifiesta su discrepancia con el mismo cuando concluye que el tema de las garantías corrientemente llamadas genéricas o abiertas debería considerarse zanjado en el sentido favorable a su admisibilidad con la sanción de la ley 16906 por entender fundamentalmente que el paralelismo que hace Gorfinkiel con el régimen de las fianzas genéricas es erróneo porque la hipoteca se ubica en el campo de los derechos reales donde rige el principio de «*numerus clausus*» mientras que la fianza se desenvuelve en el de los derechos personales donde campea el principio de la autonomía privada.

El Dr. Rippe en el trabajo citado, se plantea, atento a que la ley dice que en el momento de establecerse la garantía real hay que determinar el título valor, o sea que identificarlo y especificarlo, si subsistirá en Uruguay la llamada hipoteca abierta. Expresa que desde el punto de vista del art. 10 actual es obvio que no puede haber garantías abiertas. El problema es si puede haber hipotecas abiertas no amparadas por el art. 10 que por tanto no se van a transferir libremente, en ese caso hay que transferir el título y además la hipoteca. Concluye que al respecto rige el decreto 92/98 de 21 de abril de 1998 que establece la inaplicabilidad de algunas disposiciones del art. 30 a las garantías que acceden a una línea de crédito que cubra diversas operaciones.

Merlinski, en el artículo citado, señala que el art. 17 del D. 92/98 declara la no aplicabilidad del texto legal a determinadas garantías que pueden acceder, entre otras a obligaciones cartulares lo que plantea las mismas dudas que otros decretos ilegales.

Estima que con esta norma se soluciona el inconveniente planteado por la Asociación de Bancos del Uruguay respecto de la nueva redacción del art. 10 del Dec.-Ley 14701 que se cuestionaba la posibilidad para los Bancos de seguir operando con garantías genéricas que accedían a cualquier tipo de obligaciones con la Institución, documentadas o no en títulos valores. En especial se cuestionó su aplicabilidad a líneas de crédito en que no se individualiza el título valor al que acceden o a otras operaciones. Con esta nueva norma, esto es, el decreto referido, considera el autor que podrán seguir garantizando los créditos a su favor, documentados en títulos valores, sin necesidad de inscribir la garantía en Registro alguno ni de individualizar el título valor garantizado mediante mención de sus elementos esenciales en lugar alguno. Por lo que el régimen de garantías utilizado hasta la modificación del art. 10 del Dec.-Ley 14701 podrá seguirse aplicando, tal y cual se lo venía haciendo, a una línea de crédito que se utilice a través de diversas operaciones. Pero esta última circunstancia debe hacerse constar en el documento de la respectiva garantía real o personal (fianza, prenda o hipoteca).

Por último, Daniel Hargain y Gabriel Mihali en el trabajo citado señalan que en punto a las garantías abiertas la ley de inversiones ha creado un régimen especial de transmisión y cancelación de las garantías que acceden a los títulos valores que coexiste con los demás mecanismos preexistentes en la materia. No está derogado el sistema general de garantías preexistente de no accederse a este nuevo régimen por no cumplirse los requisitos instrumentados en la ley, los negocios de garantía que refuercen obligaciones cartulares seguirán siendo válidos en tanto se indique la causa fuente de la obligación y el monto máximo garantido, pero la transmisión y cancelación de las garantías seguirán rigiéndose por el derecho común. Consecuentemente, en el caso de las hipotecas deberá transferirse por la vía ordinaria de la cesión de créditos (arts. 1757 y ss. del C.C.) y en el caso de las prendas sin desplazamiento, por el endoso estampado en el propio documento de garantía (art. 18 de la ley 5649). En todos los casos además deberá inscribirse los documentos en los registros competentes.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la misma ha dado siempre trámite a la ejecuciones fundadas en estas hipotecas y ha rechazado las excepciones de inhabilidad de título interpuestas fundadas en dicha circunstancia.

En este sentido, se citan a vía de ejemplo las siguientes sentencias:

S. 297/98 T.A.C. 3° - (C. 151 A.D.Com.5) por la cual se admite la procedencia de la ejecución hipotecaria

fundada en títulos valores garantizados por hipoteca previa, es decir que garantiza obligaciones futuras en base a la apertura de un crédito que se establece en el contrato de hipoteca.

S. 51/98 T.A.C.2°- (C.86 A.D.Com. 9) donde el Tribunal expresó compartir la validez de la hipoteca genérica de obligaciones eventuales o a crearse, sin perjuicio de sostener que tal cuestión resulta ajena e inoperante para la paralización de la vía ejecutiva no configurando un supuesto de inhabilidad de título, sea cual sea la opinión que se tuviere al respecto.

S. 13/95 T.A.C. 6° - (C.72 A.D.Com.9) donde el Tribunal sostuvo que la especialidad y la accesoriedad son dos principios esenciales de la hipoteca. La primera se refiere tanto al objeto como al crédito. Lo que es natural, porque interesa a los terceros conocer el monto del crédito para el caso en que se produzca la ejecución, así como también saber quién es el deudor y cuál es la naturaleza de la deuda, para poder prever las posibilidades de pago o determinar si no existe algún vicio o modalidad que pueda determinar su extinción. La segunda es connatural a la función garantizadora de la hipoteca; pues la existencia de un crédito, cuya satisfacción aquélla tiende a asegurar, es un elemento constitutivo de la misma o un requisito de validez. Pero, en principio, la hipoteca puede asegurar el cumplimiento de cualquier crédito sea cual fuere su origen, según la definición amplia del art. 1251 C.C. para el contrato accesorio basta con que exista una obligación principal, cuyo cumplimiento asegure, siendo indiferente la fuente de la misma.

Afirmó asimismo la Sede que la hipoteca puede acceder a un crédito eventual como ocurre con el conocido supuesto de hipoteca constituida para asegurar el saldo de una cuenta corriente bastando con que se cumpla la exigencia del art. 2334 num.4 C.C.: fijación de la suma determinada a que se extienda la hipoteca. E incluso la hipoteca puede asegurar obligaciones futuras, y aún indeterminadas, no obstante el principio de especialidad, pero como es necesario fijar una suma determinada, al tiempo de la inscripción, la garantía no puede sobrepasar ese tope en ningún caso, de modo que se fija una cantidad estimativa y a ella se limita la garantía hipotecaria aunque el crédito resulte en definitiva de mayor alcance.

S. 50/2001- T.A.C. 4°- (C. 412 A.D.C.U. T. XXXII) donde el Tribunal sostuvo su admisibilidad expresando que: "La cuestión de la transmisibilidad de la garantía no es pues tema relevante para la hipoteca cambiaria-bancaria en la que como hemos expresado la instrumentación de la operación mediante títulos cambiarios persigue otros objetivos a saber: beneficiarse con la presunción de la autenticidad de los mismos, su literalidad, autonomía y abstracción que le confiere el régimen procesal privilegiado que tiene en caso de resultar necesario proceder a su cobro compulsivo" (Gorfinkiel, La hipoteca cambiaria en el Uruguay, p. 39-40; Sentencia de la Sala 56/2000) cuestiones expresamente reguladas por la innovación introducida por el art. 30 de la Ley N° 16.906 al art. 10 del Decreto-ley N° 14701 no actuando en el caso tal vez al amparo de la interpretación del Poder Ejecutivo por el que "no será aplicable a las garantías reales o personales que accedan a una línea de crédito que cubra diversas operaciones" (Decreto Reglamentario N° 92/98, art. 17°).

S. 54/2001 del T.A.C. 6°- (C. 419 A.D.C.U.XXXII) en la cual se estableció que no es de recibo el agravio relativo a la admisión de la excepción de inhabilidad de título que los apelantes relacionan con la forma en que se documentó el crédito garantido con hipoteca porque el contrato de hipoteca, puede perfectamente garantizar la satisfacción de un crédito emergente del libramiento de un título valor, por cuanto la amplitud de los términos del art. 1251 C.C. al definir el contrato accesorio como aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal no se compadece con la interpretación restrictiva en punto a la naturaleza de la obligación garantizada. No existe transgresión en principio de la especialidad al existir una relación crediticia base (art. 2326 inc.3 C.C.) y al estar fijada la suma determinada que se extiende a la hipoteca (art. 2334 inc.4°).

Por lo que proclamada la validez de la hipoteca cambiaria la excepción de inhabilidad de título basada en el supuesto desconocimiento del acreedor accesorio de hipoteca (en función de que la obligación principal fue documentada en un título valor) no puede prosperar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, HÉCTOR- «EL AVAL»
- ANIDO BONILLA, RAÚL- «DE LA PRENDA DE CRÉDITOS»
- BARBIERI, PABLO C. - «MANUAL DE TÍTULOS CIRCULATORIOS»
- BUERES, ALBERTO Y JORGE MAYO »LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO» (REV.DER.PRIV.Y COMUNITARIO N°2)
- BUGALLO, BEATRIZ- «TÍTULOS VALORES»
- CÁMARA, HÉCTOR-»LETRA DE CAMBIO Y VALE O PAGARÉ» T. II Y «LETRA DE CAMBIO Y PAGARÉ CON GARANTÍA HIPOTECARIA» (CUADERNOS NOTARIALES 55)
- CURBELO, CARMELO- «RÉGIMEN DE PRENDAS EN URUGUAY»
- DE CORES, CARLOS- « SINOPSIS DE LA NUEVA LEY DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO»
- ELIZALDE, JORGE LUIS Y MYRIAM PORTO MORENO- «LA HIPOTECA CAMBIARIA» REV.INST.TEC.FORENSE 5
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L.-» PAGARÉ O LETRA CON GARANTÍA REAL (HIPOTECA O PRENDA) « (LA LEY 1980 D.)
- FERRI, GIUSEPPE-»MANUALE DI DIRITTO COMMERCIALE»
- FERRO ASTRAY, JOSÉ- «EL AVAL Y LA FIANZA- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS» (A.D.C.U. XI)
- GAMARRA, JORGE- «VALIDEZ DE LA FIANZA GENERAL BANCARIA» (ADCU XI)
- GARRIGUES JOAQUÍN- «CURSO DE DERECHO MERCANTIL»
- GÓMEZ LEO, OSVALDO-» MANUAL DE DERECHO CAMBIARIO»
- GORKINKIEL, ISAAC- «LA HIPOTECA CAMBIARIA EN URUGUAY» (L.J.U. 119)
- HARGAIN DANIEL Y GABRIEL MIHALI- «MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 16906 AL RÉGIMEN DE GARANTÍAS REALES»
- HERRERA, NICOLÁS- «LA TRASMISIÓN DEL TÍTULO VALOR Y LA TRASMISIÓN DE LAS GARANTÍAS (ART. 10, DECRETO-LEY 14701)» (A.D.COM 2)
- HOLZ, EVA- “ CIRCULACIÓN DEL TÍTULO VALOR Y TRASMISIÓN DE LAS GARANTÍAS EXTRACAMBIARIAS” (TÍTULOS VALORES-PROBLEMÁTICA VIGENTE)
- JAUREGUIBERRY, LUIS MARÍA- «LA LETRA DE CAMBIO Y EL PAGARÉ EN EL NUEVO RÉGIMEN CAMBIARIO»
- MERCADER, TERESITA - “ LA HIPOTECA CAMBIARIA Y NUEVAS MODALIDADES DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO” (PRIMER SEMANA ACADÉMICA DEL INSTITUTO DE TÉCNICA NOTARIAL)
- MERLINSKI, RICARDO- «GARANTÍAS REALES O PERSONALES ACCESORIAS A TITULOS VALORES Y SU TRANSFERENCIA Y LIMITACIÓN DEL ART. 10 DEL DEC.LEY 14701 EN SU NUEVA REDACCIÓN, POR EL ART. 17 DECRETO 92/98” LEX VOL.2 N°4
- MESSINEO, FRANCESCO -»TRATADO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL» T. VI
- MOLLA, ROQUE Y CARLOS- «LA HIPOTECA CAMBIARIA UN PROBLEMA DE LEGISFERENDA» (TÍTULOS VALORES- PROBLEMÁTICA VIGENTE)
- MOLLA, ROQUE - «INCIDENCIA DE LA LEY 16906 EN EL RÉGIMEN HIPOTECARIO URUGUAYO» (LEY DE INVERSIONES-ENFOQUES MULTIDISCIPLINARIOS) Y «LA LEY 16906 DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y EL RÉGIMEN HIPOTECARIO URUGUAYO» (A.D.C.U. T. XXIX).
- MUÑOZ, LUIS- «TÍTULOS VALORES CREDITICIOS»
- PEREZ FONTANA, SAGUNTO- «TÍTULOS VALORES-OBLIGACIONES CARTULARES « T. II, III y IV-1.
- RIPERT GEORGES - « TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO COMERCIAL» T. III
- RIPPE, SIEGBERT- «ASPECTOS MERCANTILES- (LEY DE INVERSIONES -ENFOQUES MULTIDISCIPLINARIOS)
- RIVERA, JULIO CÉSAR- « CONVENIENCIA DE ADMITIR HIPOTECAS ABIERTAS» (REV.DER.PRIV. Y COMUNITARIO N°2)
- RODRÍGUEZ TERESITA Y ALICIA FERRER-» LA NUEVA REDACCIÓN DEL AT. 10 DE LA LEY DE TÍTULOS VALORES Y EL FIN DE UNA INTERMINABLE DISCUSIÓN» (LEX

-
- | VOL 1, N°3) | JURISPRUDENCIA CITADA |
|---|---|
| -SILVESTRE, NORMA- «CRÉDITO HIPOTECARIO» | - ANUARIO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO - T. XXXI y XXXII |
| -URÍA- «DERECHO MERCANTIL» | - ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL - T. 5, 6, 8 y 9 |
| -VÁZQUEZ BONOME, ANTONIO- «TRATADO DE DERECHO CAMBIARIO» | - L.J.U. c. 11975 |
| -VICENT CHULIÁ, FRANCISCO- «COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL» | |



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- *Klot, Sofía* - "El constitucionalismo latinoamericano y la protección de los derechos indígenas"



EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Por Sofía Klot¹

1. Introducción

La construcción del núcleo social de América Latina es un proceso histórico de transculturación que se inicia con la colonización europea de estas tierras y continúa hasta nuestros días. El resultado: una sociedad heterogénea en grado sumo, un singular compuesto de raíces históricas, culturas y etnias. El gran caudillo latinoamericano Simón Bolívar, en su *Discurso de Angostura (1819)*, señaló la heterogeneidad de Hispanoamérica cuando al referirse al origen de estos pueblos sentenció, «Es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos... el europeo se ha mezclado con el americano y con el africano, y éste se ha mezclado con el indio y con el europeo. Nacidos todos en el seno de una misma madre, nuestros padres difieren en origen y en sangre...».²

La América de la post-colonización engendró el mestizaje más grande de la historia, una aleación intercultural e interétnica que, lejos de alimentar el sentimiento de discriminación hacia los indios, supuso la aceptación de un fenómeno visto como natural. De ahí que la población latinoamericana fuera mayormente criolla - mestiza y que aún hoy los grupos indígenas sean porcentualmente minoritarios dentro del conjunto de la población latinoamericana. Esto sirve para echar por tierra desde el inicio las posiciones que reivindican los derechos indígenas apoyándose en su peso demográfico y una pretendida «superioridad numérica» que no se condice con la realidad.³

De lo expuesto hasta ahora se deduce fácilmente que los derechos de los indígenas no son un tema nuevo. Podemos citar como ejemplo a Francisco de Vitoria (1485-1546), fundador de la Escuela de Salamanca, quien marcó un quiebre por la precocidad de sus ideas acerca del universalismo, adelantándose a las principales formulaciones de Derechos Humanos. Vitoria observaba al mundo como una gran comunidad, la *communitas orbis*, en la cual rige el principio de igualdad de las distintas comunidades (deriva de la idea preexistente de que todos los hombres son iguales y sujetos de derechos), concepto ciertamente revolucionario para la época. Vitoria es un universalista; afirma con toda propiedad que las comunidades indígenas poseen exactamente los mismos derechos naturales que sus colonizadores; consecuentemente, no cabe otra posibilidad que respetarlos.⁴

En la misma línea se encuentran las Leyes de Indias,⁵ que de alguna manera reflejan el pensamiento de Francisco Suárez y la Segunda Escolástica Española (siglo XVII), en donde se reconoce a los indios su dignidad común a todos los hombres y se les protege como tales.

Todavía hoy subsisten comunidades indígenas, verdaderas sobrevivientes de asimilacionismo forzado y aún del exterminio que aplicaron españoles y en menor medida los criollos,⁶ y del mestizaje. Al decir de

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad de Montevideo. Aprovecho para agradecer al Prof. J.Ramiro Podetti por sus valiosos aportes.

² BOLÍVAR, Simón, Escritos políticos, citado en PODETTI, Ramiro, *Mestizaje y transculturación: la propuesta latinoamericana de globalización*, Comunicación presentada en el VI Corredor de las Ideas del Cono Sur, Universidad de Montevideo, 11 al 13 de Marzo de 2004, Montevideo, Uruguay.

³ Discrepamos con Darcy Ribeiro en este punto. Véase, RIBEIRO, Darcy, *Indianidades y Venutopías*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 1992, p. 28, p.31.

⁴ Al respecto puede verse toda la obra de DÍAZ, Bárbara, *El Internacionalismo de Vitoria en la era de la globalización*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2005.

⁵ La Recopilación de las Leyes de las Indias fue publicada en 1680 bajo el reinado de Carlos II de España (1665 - 1700).

⁶ En Uruguay, durante la presidencia de Fructuoso Rivera (1830 - 1835) ocurrió la «Matanza de Salsipuedes», episodio que suele citarse como ejemplo de exterminio de indígenas llevado a cabo por el gobierno. EL presidente fue el artífice de una emboscada en donde se asesinaron unos 40 charrúas y 300 fueron tomados prisioneros. En la historiografía uruguaya hay autores hablan de un verdadero genocidio; no obstante, el

Esther Sánchez Botero, «Estos grupos han vivido años marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización y parentesco, y de derechos propios...».⁷ Según informe de la OEA, existen en las Américas alrededor de 400 grupos étnicos aborígenes que constituyen una población aproximada que supera los 30 millones, el 10% del total de habitantes del continente.⁸ La realidad demuestra que en materia de derechos humanos la situación latinoamericana es, en mayor o menor grado, de una precariedad alarmante: tentativas de genocidio, atentados contra la vida de los indios, desconocimiento de sus instituciones, prácticas tradicionales, sistemas normativos y formas de organización política, expropiación de sus tierras, deficiencias educativas y sanitarias, etc. Estas violaciones a sus derechos más básicos son el resultado de la negligencia de los respectivos gobiernos y su falta de voluntad política para aplicar un sistema normativo existente.⁹

El problema aparece marcado por la puja entre organizaciones defensoras de los derechos indígenas quienes acometen contra las «culturas dominantes» en cada estado. El conflicto se polariza al enfrentar al multiculturalismo relativista, que insta al respeto a la identidad cultural y la igualdad material (derechos económicos y sociales) a toda costa, con el asimilacionismo que pretende suprimir las diferencias culturales. Ante este panorama, la pregunta que nos formulamos es la siguiente: ¿cómo conjugar el respeto a la identidad cultural de las comunidades indígenas con la eficacia universal de los derechos humanos? Y, en el mismo orden, ¿qué recursos emplea el ordenamiento jurídico y el gobierno de cada estado para afrontar los reclamos indígenas, y a la vez cumplir con su función de atender los intereses de una nación entera (y no los intereses sectoriales aisladamente)?

Nos proponemos dar respuesta a estas interrogantes observando qué es lo que dicen las distintas constituciones latinoamericanas sobre la materia, para luego presentar una solución propia.

2. LOS DERECHOS INDÍGENAS Y SU TUTELA CONSTITUCIONAL

2.1. Concepto de comunidad indígena

Como preámbulo al análisis constitucional, primeramente queremos hacer alusión al concepto de comunidad indígena. Es un concepto resbaladizo, que puede enfocarse desde ópticas diversas: sociológica, biológica, genética, cultural. Evitaremos la discusión terminológica y nos atendremos a citar la definición que proporciona el Convenio 169 de la OIT en su artículo 1°:

«Artículo 1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».¹⁰

tema es discutible. Hay quienes sostienen que no puede emplearse el término «genocidio» para la matanza de 40 personas, aunque de hecho significó prácticamente la aniquilación de la tribu de los charrúas.

Sobre la Matanza de Salsipuedes recomendamos MAIZTEGUI CASAS, Lincoln R., Orientales: una historia política del Uruguay, Tomo I, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2005.

⁷ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador, trabajo recogido en GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto, Constitución y derechos indígenas [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 92, Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/278/6.pdf>, ISBN 968-36-90-9953-7, p. 74.

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas [documento en línea], 2000, original en Español, Formato html, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/indice.htm>, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62.

⁹ Cfr. Ibidem.

¹⁰ Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión. Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991. Fuente: página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Versión html disponible en: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/62_sp.htm.

A continuación, recogemos una descripción de la normativa de las constituciones de Argentina, México, Brasil y Colombia como exponentes representativos del régimen constitucional de la cuestión indígena en Latinoamérica.

2.2. La Constitución Argentina

La República Argentina es, junto con Uruguay, uno de los países con menor índice de población indígena. No obstante, mientras sus hermanos uruguayos carecen de tutela constitucional alguna para los derechos de grupos indígenas, el legislador argentino sí trató la cuestión indígena en el Art. 75 de la Norma Fundamental.

El mencionado artículo es clave a la hora de analizar el tema que nos ocupa. Dice la Constitución Argentina en su Art. 75 ordinal 17:

«Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones».

El citado artículo introduce una de las grandes innovaciones en cuanto a protección de los derechos indígenas: la noción de preexistencia, nuevo paradigma a nivel latinoamericano.

La «preexistencia étnica y cultural» de los pueblos originarios es el reconocimiento y constatación de su presencia en territorio argentino con anterioridad a la conformación del Estado nacional más reciente que los contiene. Como veremos a continuación, la preexistencia es algo más que un simple reconocimiento, derivando en una serie de consecuencias prácticas y la creación de un marco jurídico particular de aplicación a las comunidades indígenas.

En primer lugar, la preexistencia crea una excepción al principio de igualdad de la ley, siempre que entendamos esta igualdad como criterio estatal de homogeneidad absoluta, como supresión de las diferencias en el trato jurídico de sus habitantes. De hecho, por el Art. 75 inciso 17 no puede imponerse a las etnias indígenas esta igualdad ante la ley sino que, por el contrario, nace la obligación del Estado de impulsar e implementar una verdadera «discriminación positiva», como muchos autores la llaman.¹¹ Expliquemos estos conceptos.

En la opinión de muchos el principio de igualdad ante la ley no goza de jerarquía superior al resto de los preceptos constitucionales y tiene la misma fuerza normativa que el Art. 75 que consagra la preexistencia, suprimiendo así cualquier posibilidad de resolución del aparente conflicto por primacía de una norma sobre la otra.¹² Decimos que el conflicto es «aparente», porque, una igualdad bien entendida no significa tratar de igual forma a aquellos que se encuentran en situaciones distintas, sino precisamente lo contrario. Dice la Dra. Rossi al respecto que «la ley debe ser igual para los iguales en las mismas circunstancias», y destaca además que «la igualdad requiere un análisis de razonabilidad más intenso para establecer cuáles son las pautas sobre las que se construyeron las categorías».¹³ En consonancia con el pensamiento del Dr. Germán Bidart Campos, resalta que el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, más que excepciones a la igualdad, son dimensiones propias de la misma. En este sentido, el desconocimiento de las diferencias propias que configuran la identidad cultural de las etnias sería un acto lesivo de la igualdad; igualdad que para concretarse en una realidad necesita de acciones concretas y de la dimensión prestacional del Estado para tratar a las variadas culturas ancestrales según sus características particulares. Esta es la discriminación positiva a la que nos referimos con anterioridad, como expresión de un personalismo humanista.¹⁴

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ DUCH, Darío, El Derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales, Seminario Judicial Patagónico sobre Derecho de las Comunidades Originarias, Centro Municipal de Cultura, octubre de 2004.

¹² Cfr. ROSSI, Graciela B., Derecho Constitucional de la reforma de 1994 (documento en línea), Curso en línea «Derecho, Economía y Sociedad», Dirección de la Dra. Teodora Zamudio (Universidad de Buenos Aires), versión html, disponible en: <http://www.indigenas.bioetica.org/nota17.htm>.

¹³ Ídem.

¹⁴ Cfr. Ibidem.

La preexistencia supone conjuntamente la prohibición al Estado de imponer arbitrariamente cualesquiera formas de organización política a las comunidades indígenas; queda este constreñido a respetar las costumbres originales de las propias comunidades.

De la misma forma, la preexistencia tiene injerencia en cuanto al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades de manera automática y con la simple constatación de su existencia. Se las concibe como sujeto de derecho colectivo *ipso iure* sin necesidad de recurrir a procedimientos administrativos para el reconocimiento.

También en cuanto al reconocimiento de la propiedad de las tierras que habitan los grupos indígenas, la preexistencia coloca a dichos grupos étnicos en igualdad de condiciones como propietarios, justamente en virtud de que existen y habitan esas tierras desde tiempos inmemoriales y con anterioridad al proceso de colonización. Esta posesión ancestral determina la propiedad de la tierra con prescindencia de títulos y escrituración notarial, así como la imposibilidad de aplicarle embargo o gravamen de cualquier clase¹⁵. La prohibición de aplicación de embargo y otros gravámenes parecería colisionar con el 17 de la Constitución, que otorga al Estado la facultad de expropiación mediante dictamen judicial, en aplicación de la ley, y conforme al interés general. No obstante, si tenemos en cuenta que la Constitución es una unidad normativa podemos concebir al art. 17 como norma general respecto de la cual el art. 75 inciso 17 constituye una excepción, una norma especial.¹⁶

Continuando con el análisis del art. 75 ordinal 17, hay que mencionar además que concede a las comunidades el derecho a gestionar sus propios recursos naturales y el derecho a recibir una educación bilingüe e intercultural.

Por otra parte, en los incisos 5, 18, 19 del art. 75 y en el art. 125 establece la posibilidad del Estado de entregar tierras a los indígenas, amén de las que ya habitan atávicamente, y fomentar su desarrollo humano.¹⁷

Respecto del constitucionalismo argentino únicamente nos resta señalar la consagración de la supralegalidad de los convenios internacionales a texto expreso en el art. 75 inciso 22. Esto determina que los convenios internacionales 107 y 169 de la OIT sobre derechos indígenas, suscriptos y ratificados por el Estado Argentino se colocan por encima de la propia constitución y en teoría no podrían desconocerse.¹⁸

2.3. La Constitución brasileña

La Constitución brasileña de 1988 dedica todo un capítulo entero al tratamiento de los derechos de las poblaciones indígenas. En los hechos, es una de las constituciones latinoamericanas pioneras en cuanto a la superación de asimilacionismo y el reconocimiento de derechos inherentes de los pueblos indígenas, por su condición de ocupantes iniciales de sus tierras: la denominada «originareidad». La originareidad encuentra su razón de ser, no sólo desde la perspectiva histórica, sino que posee una faceta jurídica que emana de la aplicación del principio *prior in tempore, potest in iure*.

Uno de los puntos clave del reclamo indígena es el relativo al territorio. La OEA en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, afirma que el 50% de los indígenas brasileños habitan en la región de Amazonia.¹⁹

El artículo 231, además aceptar manifiestamente a las propias formas de organización política, creencias, lenguas y demás expresiones culturales, consagra asimismo el reconocimiento de las tierras que dichas poblaciones indígenas ocupan de forma permanente para su explotación integral. El Estado queda obligado a demarcar estos territorios (art. 67) y protegerlos ante cualquier violación externa, declarándolos inalienables,

¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DUCH, Darío, El Derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales, Seminario Judicial Patagónico sobre Derecho de las Comunidades Originarias, Centro Municipal de Cultura, octubre de 2004.

¹⁶ ROSSI, Graciela B., Derecho Constitucional de la reforma de 1994 (documento en línea), Curso en línea «Derecho, Economía y Sociedad», Dirección de la Dra. Teodora Zamudio (Universidad de Buenos Aires), versión html, disponible en: <http://www.indigenas.bioetica.org/nota17.htm>.

¹⁷ Véase anexo de referencias constitucionales.

¹⁸ Idem.

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, [documento en línea], 1997, original en Portugués, Formato html, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/indice.htm>, OEA/Ser.L/V/II.97/Doc.29 rev.1.

indisponibles e imprescriptibles. Observamos cómo se otorga la propiedad en virtud de la preexistencia de las poblaciones indígenas, propiedad estrechamente protegida por la misma norma constitucional y amplia en cuanto las facultades de explotación que se concede a las comunidades.²⁰

Quedan exceptuados de dicho aprovechamiento los recursos hídricos y minerales localizados en territorios indios (inciso 3^o), para cuya explotación es preciso solicitar la aprobación del Congreso, reportándose a las comunidades autóctonas la debida participación del producto económico obtenido. Tal distinción responde a la obligación de armonizar el justo derecho de las comunidades autóctonas al usufructo de ciertos recursos, con los fundados intereses del Estado, quien inevitablemente debe administrar aquellos que son estratégicos para la economía nacional.²¹

Por el artículo 232 la Constitución estableció que el Ministerio Público Federal debe defender los derechos de los indígenas ante los Tribunales, y que los grupos indígenas pueden, por sí mismos, promover acciones judiciales.²²

En cuanto a los derechos culturales, el artículo 215 asegura su pleno ejercicio y protege manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afro-brasileñas²³. Señala el artículo 210 (inciso 2^o) que en materia educativa se garantiza a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y métodos propios de aprendizaje, sin perjuicio de que el idioma oficial es el portugués.²⁴

2.4. La Constitución mexicana

La tierra para los indígenas es un elemento coadyuvante en el forjamiento de la identidad; se dice con razón de que las tierras que ocupan no son de ellos, sino al revés, ellos son de la tierra. En palabras de López Bárcenas, «la tierra es el lugar de origen, fuente de creencias, sustento de una cosmovisión donde se tienen prácticas socioculturales peculiares y asiento de un pasado común».²⁵

Subrayada la relevancia del elemento territorial, llama poderosamente la atención que la constitución mexicana no haga alusión al reconocimiento de los territorios indígenas. De hecho, el artículo 4^o de la Constitución Federal, solamente enfatiza la composición pluricultural de la nación mexicana, y se refiere al desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, además del manejo de los recursos naturales, la protección de formas de organización social y el acceso a la jurisdicción estatal²⁶. La Constitución Federal mexicana incurre de este modo en un desconocimiento de las pautas fijadas por el Convenio 169 de la OIT que en su artículo 13 impone a los gobiernos la observación de la relevancia que revisten las tierras en relación a las culturas y valores espirituales de las poblaciones indígenas.²⁷

Conviene recordar que, por el artículo 133 de la Constitución objeto de nuestro análisis, el Convenio 169 del OIT se convirtió en ley suprema y no puede invocarse falta de validez en su aplicación, al haberse cumplido los requisitos de ratificación y entrada en vigencia, lineamientos que prescribe el Derecho Internacional en instrumentos como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁸

Apenas se vislumbra una tenue mención al problema de la tierra en el artículo 27 inciso 2^o, cuando la Constitución establece que «La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas».²⁹ Viene así a complementar al art. 4^o que se limita a reconocer la existencia de pueblos indígenas pero falla a la hora de considerar la totalidad de sus derechos, en particular los territoriales.

El art. 27 en su inciso 1^o prescribe que las tierras y las aguas que se encuentran en territorio mexicano pertenecen de manera originaria a la nación, la cual puede entregar su dominio a particulares para integrar la propiedad pública, privada y social.³⁰ Se expedirá e estos efectos una ley reglamentaria, ley que, hasta el día

²⁰ Véase anexo de referencias constitucionales.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

²⁵ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México, trabajo recogido en GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto, Constitución y derechos indígenas [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 92, Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/278/10.pdf>, ISBN 968-36-90-9953-7, p.126.

²⁶ Ver anexo de referencias constitucionales.

²⁷ Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

²⁸ Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Op. Cit.*, p. 130.

²⁹ Véase anexo de referencias constitucionales.

³⁰ *Idem*.

de hoy, brilla por su ausencia. La norma a aplicarse sería la Ley Agraria que en la práctica no establece ninguna forma de regulación del artículo 27 y se remite nuevamente a la Constitución, en un sentido claramente tautológico.³¹

Este inciso primero ha sido causa de impugnación por parte de defensores de los pueblos indígenas, frente a quienes lo presentan como un argumento constitucional sólido para negar el reconocimiento de la propiedad de los territorios que ocupan las poblaciones autóctonas. Adherimos en este sentido a la posición de López Bárcenas, quien pone fin a la discusión en base a la distinción de los conceptos de territorio como ámbito de validez de actos jurídicos emitidos por el Estado, como espacio del imperio del poder estatal, del territorio razonado como un bien susceptible de apropiación, como bien del dominio público o privado. Consecuentemente, el territorio no sólo es elemento del estado, sino bien de propiedad de diversos sujetos, sin que esto entrañe vulneración alguna a la unidad e integridad del Estado ni a su soberanía.³² Sólo así se entiende el derecho de los pueblos indígenas a tener su propio territorio; de otro modo, se estaría atentando directamente contra la pluriculturalidad y desarrollo recogidos en el artículo 4°.

2.5. La Constitución colombiana

La Constitución Colombiana actual fue aprobada en el año 1991. Allí han quedado reconocidos una serie de derechos de las comunidades indígenas. Ya desde los artículos 7 y 8, por ejemplo, se reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación y el Estado se obliga a proteger esas riquezas culturales.³³

En los artículos 10 y 68 se corrobora la enseñanza bilingüe en las comunidades indígenas y la oficialidad de sus dialectos en los territorios donde habitan.³⁴

La nacionalidad de los indígenas colombianos aparece en el artículo 96. En cuanto a los derechos civiles, otorga a los miembros de etnias indígenas la plena ciudadanía y el goce de los derechos civiles correlativos. Concretamente, esto se plasma en la representación de los indígenas en el Congreso, garantía constitucional, de conformidad con el artículo 171 de la Constitución que prevé la elección de dos miembros al Senado en las circunscripciones especiales por las comunidades indígenas. En la integración de la Cámara de Representantes se aplica lo que dispone el artículo 176:

«Artículo 176- La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y especiales (...)

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco (5) Representantes».

El artículo 246 faculta a las comunidades a ejercer de forma autónoma la función jurisdiccional de acuerdo a sus propios cánones, pero siempre en coordinación con el sistema jurídico nacional.³⁵

Los indígenas colombianos gozan, además de la autonomía de jurisdicción, la autonomía territorial otorgada en el artículo 286. Por el 286 se constata que las comunidades indígenas revisten el carácter de «entidades»; si proseguimos a la lectura del artículo siguiente, el 287, comprobamos cómo se patentiza la autonomía de dichas entidades: autogobierno, ejercicio de competencias, administración de recursos naturales y participación en las rentas nacionales. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley de ordenamiento territorial, como lo señala el artículo 329, y en su delimitación cooperarán representantes de las comunidades indígenas con autoridades del gobierno nacional. Las tierras de las entidades indígenas son de propiedad colectiva.³⁶

Finalmente, como corolario de la potestad de autogobierno, el artículo 330 determina que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades, y ejercerán una variedad de funciones que van desde la ingerencia en decisiones sobre administración de recursos, inversiones de capitales privados, el diseño de planes de desarrollo económico y social, hasta la colaboración en el mantenimiento de orden público, entre otras varias.³⁷

³¹ Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Op. Cit., pp.132 - 133.

³² Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Op. Cit., pp.126 - 130.

³³ Véase anexo de referencias constitucionales.

³⁴ Ídem.

³⁵ Véase anexo de referencias constitucionales.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

Colombia constituye un caso aparte en cuanto a las violaciones de derechos humanos particularmente tratándose de poblaciones indígenas, lo cual contrasta con la amplitud de derechos reconocidos y el marco legal progresista se les ha otorgado. Las acostumbradas violaciones que, con diversidad de grados, se repiten en el contexto latinoamericano, aparecen potenciadas cuando se combinan con una situación política inestable, marcada por los desmanes de grupos paramilitares y guerrilleros. De hecho, la situación política y social colombiana es bastante crítica: un país que vive bajo la amenaza constante del terrorismo llevado a cabo por grupos como las FARC y el ELN, quienes realizan violentas incursiones en territorios indígenas. Estos territorios se ubican en zonas de gran confrontación, y son cooptados por los grupos armados para la guerra. No hay que esforzarse mucho para ver las consecuencias nefastas que esto trae: líderes comunitarios asesinados como forma de atemorizar y lograr la sumisión de las poblaciones indígenas, desplazamientos, escasez de medicamentos, alimentos y otros suministros de primera necesidad, con la evidente pretensión de expropiar y ocupar territorios que resultan de gran valor estratégico para la guerra.

3. UN ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

3.1. La síntesis constitucional: un catálogo común de derechos

Teniendo esta visión general de la normativa constitucional indígena en estos cuatro países, podemos extraer un listado de derechos que aparecen protegidos en los textos, creando así una suerte de catálogo de derechos indígenas reconocidos. Ellos son:

- Derecho a la preservación del hábitat natural y gestión de recursos naturales.
- Derecho a la propiedad colectiva de la tierra.
- Reconocimiento del propio espacio territorial, derecho a tener cada comunidad su propio territorio.
- Derecho a tener una organización política particular e instituciones propias, reconocidas por el Estado (autonomía política)
- Derecho a tener sus propias normas y administrar justicia (autonomía normativa-judicial).
- Reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas.
- Derecho a la educación bilingüe y multiétnica.
- Libertad de culto y respeto a la sacralidad de sus prácticas religiosas.
- Derecho a la igualdad material.
- Derecho a tener sus prácticas médicas tradicionales.
- En algunos casos (Colombia), derecho a tener representantes en el parlamento.

Desde la perspectiva tradicional de las generaciones de derechos, podemos identificar, dentro de esta suerte de catálogo trazado, derechos tanto de primera, segunda como de tercera generación. Igualmente creemos que dicha tipología tiene poca utilidad y aún menor exactitud a la hora de realizar un estudio desde la óptica del Derecho. A su vez, la consagración constitucional de unos u otros derechos está en simbiosis directa con las vicisitudes y peculiaridades de la cuestión indígena en cada país. Cada estado se enfrenta a dilemas de diversa índole, frente las reclamaciones de grupos de indios y organizaciones indigenistas en su territorio.

3.2 La normativa internacional e iberoamericana: principales instrumentos internacionales de tutela

El tratamiento los derechos indígenas se extiende más allá de las constituciones nacionales y encuentra una fuerte regulación en los pactos y convenios internacionales. En este sentido, organizaciones como la OIT, la OEA e incluso y la propia Organización de Naciones Unidas han manifestado especial interés en proveer soluciones de Derecho Internacional para los temas indígenas. Tratándose de derechos humanos, la vía del Derecho Internacional ha tenido un protagonismo absoluto, fundamentalmente a partir de la creación de la ONU. La ventaja capital que presenta esta vía, es la superioridad jurídica que revisten los acuerdos internacionales por sobre el Derecho nacional, superioridad que las propias constituciones confirman a texto expreso

en la mayoría de los sistemas de Latinoamérica. Hipotéticamente, esto conduciría a la autoejecutabilidad de los acuerdos internacionales ratificados; y lo más importante, por el efecto irradiación sirven como criterios interpretativos y pautas de homogenización jurídica entre estados. Las normas internacionales sobre el tema son verdaderamente escasas; evidentemente falta avanzar mucho en el campo de protección internacional, que se encuentra aún en estado embrionario.

No es el objeto principal de este trabajo hacer una descripción detallada de los instrumentos internacionales de tutela de los derechos indígenas, no obstante, por la importancia que revisten, no podemos dejar de mencionar brevemente algunos de los principales tratados y convenios.

- *El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966)*, reconoce en su art. 27 el derecho personas pertenecientes minorías étnicas «a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y emplear su propio idioma». El indigenismo ha criticado fuertemente a este artículo por poseer un marcado sesgo individualista: no se reconocen los derechos de minorías como tales, sino por el contrario, el artículo se refiere exclusivamente a las «personas que pertenezcan a dichas minorías».

- *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes*, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (27 de junio e 1989). Es sin lugar a dudas el instrumento internacional específico de mayor trascendencia por ser el único con gran índice de ratificaciones. Tiene relevancia en cuanto a que introduce en la discusión doctrinaria internacional la «manzana de la discordia» que es la categorización de los grupos indígenas como «pueblos»³⁸. Sobre este punto nos extenderemos más adelante.

- Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales (1957), en el marco de la OIT.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), los principales instrumentos normativos del sistema de DD. HH en Latinoamérica, establecen una serie de derechos individuales pero sin referencia expresa a indígenas, sino basándose en igualdad y dignidad humanas.

Actualmente se proyecta la concreción de nuevas declaraciones a nivel interamericano, ya sea en el seno de la ONU, en donde desde 1982 se prepara un proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos indígenas, o de la OEA (proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA). Por el momento, estos proyectos se encuentran estancados en virtud del desacuerdo entre los diversos actores sobre el tema de la libre determinación.

Hay que destacar que dentro de la OEA funciona el Instituto Interamericano Indigenista, organismo, integrado por 17 países americanos y con sede en México. Su consejo directivo está formado por los institutos indigenistas gubernamentales de los países miembros.

No estaría completa esta brevísima revisión de la normativa internacional sin citar al órgano que, en aplicación de las mismas, ejerce jurisdicción en materia de derechos humanos. Nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de lo que sucede con los Tribunales de Derechos Humanos en Europa, para comparecer ante la Corte Interamericana un individuo, organización o grupo debe efectuar su reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que esta lo eleve a la Corte (individuos carecen de legitimación activa).

La Corte ejerce funciones jurisdiccionales obligatorias frente a los estados sólo cuando estos han aceptado su jurisdicción. Además de la señalada función jurisdiccional, la Corte cuenta también con competencia consultiva respecto a las interrogantes que países miembros de la OEA o la CIDH le sometan, a efectos de dilucidar cuestiones interpretativas - normativas. La efectividad de los fallos de la Corte se ve menoscabada porque, en definitiva, es sobre los estados que recae la etapa de ejecución, dejando enteramente en manos de los estados la decisión de aplicar los dictámenes de la Corte o no. En otras palabras, esto equivale decir que la función sancionatoria dependerá de la buena voluntad de los estados, quienes son protagonistas de dichas infracciones en reiteradas ocasiones. Si los estados deciden desconocer las sentencias de la Corte y no adecuan sus normas de Derecho Interno, no puede hablarse de una plena vigencia de los derechos humanos; lo que pretende ser Derecho se transforma en verdadera impunidad. He aquí la principal falencia del sistema.³⁹

³⁹ Cfr. LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, La eficacia de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad de La Sabana, p.1, p.6, p.8.

3.3. El ejercicio de los derechos colectivos y la libre determinación

La descripción de la normativa internacional en materia de derechos indígenas nos lleva directamente a la discusión doctrinaria cardinal, el *quid* de la cuestión indígena que enfrenta al multiculturalismo relativista y al constitucionalismo liberal: el tema de la libre determinación y la titularidad colectiva de los derechos de los indígenas. Veamos qué propone cada una de estas corrientes.

3.3.1. Multiculturalismo relativista

El multiculturalismo relativista, defensor de la identidad de los grupos indígenas, reclama, además del respeto irrestricto a la mencionada identidad cultural, el reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho colectivo: la categoría de «pueblo» indígena que se interponga entre el Estado y los indígenas como titular de derechos colectivos. Enfrentados a posiciones de cuño liberal que prefieren mantener una titularidad estrictamente individual de los derechos, el multiculturalismo sostiene la interposición del colectivo «pueblo» para lograr una eficacia mayor de los derechos de los individuos que lo integran; para esta postura, la aceptación de un sujeto de derecho individual no es más que una mera opción cultural que bajo ningún término puede imponerse a otras órbitas culturales. Los indígenas, a través de organizaciones afines, exigen ser «pueblos» y no minorías étnicas.⁴⁰

En el Derecho Internacional tal denominación no es para nada irrelevante; de hecho, el orden jurídico internacional atribuye a la categoría «pueblo» el derecho a la libre determinación,⁴¹ la potestad de elegir la soberanía bajo la cual se quiere vivir, y las formas propias de resolución de conflictos. Con todo, el Convenio 169 de la OIT niega los efectos que da el Derecho Internacional al término «pueblo» aplicado a las poblaciones indígenas, rechazando la libre determinación, asimilándolo más bien a la noción de autonomía.⁴²

Quienes defienden la identidad de las etnias autóctonas proponen la conformación de estados plurinacionales, y se erigen en pos de guerra contra la idea de Estado - Nación que nace con la Revolución Francesa. Si a cada nación le corresponde por derecho un Estado propio, consecuentemente debe existir también una única «soberanía nacional», en desconocimiento de la existencia de diversas nacionalidades.⁴³

3.3.2. Constitucionalismo liberal

Nos referiremos básicamente a las ideas de Lucas Sierra como exponente de las posiciones que refutan el relativismo propulsor de la colectividad de los derechos. Según Lucas Sierra, hay dos formas de consagrar el derecho a la identidad a través de la acción del Estado. Estos son: el reconocimiento y la discriminación positiva.

Para este autor, el reconocimiento constitucional de los indígenas como «pueblos» -como sujetos de derecho colectivo- implica una serie de riesgos innecesarios. Por un lado, por el efecto irradiación se implanta en el orden jurídico un concepto colectivo y no individual de los derechos humanos. Dice Sierra que los términos «Derechos» y «colectivos» son refractarios entre sí. La constitucionalización de los derechos humanos tiene justamente, como función primordial, la creación de herramientas destinadas a proteger a los individuos del poder del Estado (Estado de Derecho). Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar poder frente a terceros individuos mediante la creación de cuerpos intermedios; se pone en riesgo la propia efectividad de los derechos de los indígenas al someterlos a las presiones del colectivo. Por otra parte,

⁴⁰ Ejemplo de esta postura puede verse en, Lillo Vera, Rodrigo, Situación de los derechos indígenas en Chile, Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, Chile, 2001, también disponible en línea, versión html en: <http://www.geocities.com/alertanet2/f2b-RLillo.htm>.

⁴¹ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1° inciso 1 establece: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural».

⁴² Dice el Convenio 169 en su artículo 1°, ordinal 3°:

«La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional».

⁴³ Lillo Vera, Rodrigo, Situación de los derechos indígenas en Chile, Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, Chile, 2001, también disponible en línea, versión html en: <http://www.geocities.com/alertanet2/f2b-RLillo.htm>.

Lucas Sierra recalca que no hay necesidad de un reconocimiento colectivo cuando las mismas funciones igualmente pueden cumplirse mediante la vía individual (función interpretativa, discriminación positiva). Finalmente apunta, con acierto, a nuestro juicio, que la definición de pueblos y fronteras es siempre arbitraria, y no respeta el desarrollo lógico del proceso en la construcción de las comunidades indígenas «de abajo hacia arriba». Siguiendo un esquema lógico, los grupos indígenas deberían primero forjar una identidad de «pueblo» para luego recién solicitar su reconocimiento, y no viceversa. En definitiva, el Estado no puede crear por sí el sentido nacional, la identidad y la alteridad solamente trazando límites geográficos.⁴⁴

A nuestro juicio, ambas tesis tienen una parte de razón y en otra parte son completamente falsas. El constitucionalismo liberal se equivoca cuando niega la existencia de sujetos colectivos con derechos de igual naturaleza. El error del multiculturalismo es la identificación de «sujeto colectivo de derecho» con la categoría de «pueblo», a la que correspondería la libre determinación.

En nuestra opinión, la presencia de derechos colectivos, esto es, derechos que tienen su titularidad en un grupo humano, es una realidad insoslayable. No puede negarse la existencia de ciertos derechos que sólo consiguen ejercerse a través de la colectividad, aunque sus beneficios se reportan a cada uno de los integrantes del colectivo. Los derechos colectivos existen en ordenación a la mayor plenitud y eficacia de los derechos individuales (*por y para* la vigencia de los mismos). Desde esta perspectiva, derecho individual y derecho colectivo no se oponen sino que se complementan para el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. En última instancia, la titularidad que se reconoce y otorga a las comunidades tiene como último titular a cada uno de los individuos que la integran; a nuestro juicio, no puede concebirse la titularidad colectiva de otra manera que no sea esta.

Omitiremos la controversia sobre la pluralidad de nacionalidades versus la unidad nacional, que requeriría todo un tratamiento de por sí en un trabajo aparte. Creemos que una posible respuesta se consigue acudiendo al concepto de autonomía, concepto citado en numerosas oportunidades en los textos constitucionales. La autonomía, también llamada «autogobierno», es la capacidad o facultad de dictar normas propias. En efecto, los gobiernos y ordenamientos jurídicos deben conceder a las comunidades el mayor grado de autonomía posible (esto es una exigencia básica del respeto a la identidad cultural), sin alentar pretensiones secesionistas ni llegar al punto de considerarlos «pueblos», nacionalidades separadas merecedoras de la libre determinación. Esto demanda por supuesto la astucia y habilidad de los gobiernos para alcanzar el delicado equilibrio entre autonomía y soberanía.⁴⁵

4. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA: EL CASO ALOEBOETOE VS. SURINAME

4.1 El contexto normativo - social: los derechos indígenas en Suriname

A fines de obtener una visión global de la problemática del caso citado, conviene previamente esbozar el cuadro de la situación de los derechos indígenas en Suriname, una de las partes en esta contienda.

Suriname, la antigua Guyana Neerlandesa que obtuvo su independencia en 1975, es uno de los estados americanos que ofrece menores garantías constitucionales a sus habitantes indígenas. La población indígena representa casi el 6% del total de habitantes del país y su composición es sumamente compleja. La Constitución surinamesa contemporánea está vigente desde 1987 con varias enmiendas sucesivas. Si bien algunos derechos de primera generación como la igualdad de las personas, la no-discriminación y la protección de la integridad física (art. 8) son reconocidos, la Carta omite cualquier reconocimiento de derechos culturales (lenguas indígenas, educación bilingüe, etc) o territoriales, (propiedad originaria, usufructo del suelo, patrimonio cultural, protección de recursos naturales, etc). Tampoco se constituye ninguna forma de autonomía para los pueblos indígenas: ni jurisdiccional ni política. En el art. 7 hay una referencia expresa a la autodeterminación de las naciones, pero este concepto históricamente se ha aplicado a las ex colonias europeas.

⁴⁴ Cfr. SIERRA, LUCAS, La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo, [documento en línea], texto leído el Primer Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Universidad de Chile, Santiago, 2003, versión PDF disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3226_1573/rev92_sierra.pdf, pp. 20 - 26.

⁴⁵ Acerca de autonomía y soberanía véase VALADÉS, Diego, Los derechos de los indígenas y la renovación constitucional en México, trabajo recogido en GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto, Constitución y derechos indígenas [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 92, Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/278/6.pdf>, ISBN 968-36-90-9953-7, pp. 13 - 16.

Suriname nunca ha ratificado ninguno de los Convenios Internacionales referidos a la tutela internacional de los derechos de las comunidades indígenas (Convenios 169 y 107 de la OIT), y, en cuanto a la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales a los que adhiere, estos no aparecen claramente situados por encima de la legislación interna y mucho menos de la propia Constitución.⁴⁶

A este desalentador panorama normativo hay que sumarle una coyuntura política de permanente inestabilidad. En las últimas décadas, los militares han ostentado el poder político y consecuentemente varios grupos guerrilleros, como el Movimiento de Liberación de Mandela, y el Comando de la Selva, han aparecido en escena. En 1992 el Gobierno firmó con la resistencia armada un Acuerdo para la Reconciliación y el Desarrollo Nacional con ánimo de pacificar el país.⁴⁷

4.2. La contienda

4.2.1. Generalidades

El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* es uno de los primeros casos sometidos a la jurisdicción de la Corte en materia de violación de derechos de personas indígenas. Dicha disputa resulta ilustrativa a efectos de observar el proceder de la Corte, su razonamiento jurídico y su postura cuando los propios estados lesionan los bienes humanos básicos. Más relevantemente, el caso *Aloeboetoe vs. Suriname* permite traslucir, a partir de la actuación de la Corte, el reconocimiento de los derechos culturales de las etnias indígenas en el continente. Si bien el Estado de Suriname no reconoce tales derechos, resulta interesante ver cómo la Corte recurre a la propia cultura indígena para resolver la contienda, procurando adaptar las normas de derecho internacional a la realidad cultural y a las costumbres propias de una tribu. A mi juicio, el conflicto se presenta a la hora de intentar conciliar el derecho de gentes con normas consuetudinarias indígenas de dudosa admisibilidad, como puede ser la práctica poligamia. Sobre esto abundaremos más adelante.

La sentencia serie C No. 11, es del 4 de diciembre de 1991. Dicha contienda enfrenta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la entidad latinoamericana de patrocinio y defensa de los derechos humanos por antonomasia (que funciona en el marco de la OEA), como la parte denunciante, y la República de Suriname, como estado acusado de profanar los derechos elementales de un grupo de habitantes de ese país.

La Comisión Interamericana inicia acción contra la República de Suriname, con motivo de denuncia efectuada ante su Secretaría en enero de 1988,⁴⁸ exigiendo que se castiguen las acciones perpetradas por agentes militares que lesionaron gravemente los derechos de siete «cimarrones», (también conocidos «maroons» o «bushnegroes»), población de nativos descendientes de africanos.

A efectos de lograr una concepción acabada de la problemática que presenta este caso, comenzaremos relatando sumariamente los hechos que le dieron motivo para enseguida exponer los argumentos y defensas de cada una de las partes. En una última instancia, se explicará el fallo final de la Corte con el oportuno análisis y reflexiones personales.

4.2.2. Hechos

Los hechos en cuestión sucedieron el 31 de diciembre de 1987 en Atjoni y en Tjongalangapassi, dos aldeas donde viven cimarrones pertenecientes a la tribu de los saramacas. Un grupo de militares toma por asalto estas dos poblaciones atacando, hiriendo y vejando con cuchillas y bayonetas a 20 personas, bajo la sospecha de que pertenecían al grupo subversivo «Comando de la Selva»⁴⁹, sospecha que luego resultó equivocada al comprobarse que eran civiles.

⁴⁶ The World Bank Group, base de datos on-line, <http://wbln018.worldbank.org/LAC/LACInfoClient.nsf>.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ La Secretaría de la CIDH recibe la denuncia N° 10.150 en 15 de enero de 1988 en virtud de la cual emprende esta petición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Suriname el 27 de agosto de 1990.

⁴⁹ No pueden escindirse los hechos aquí relatados del contexto político del momento: el gobierno militar de facto que detentaba el poder en Suriname realizaba acciones militares contra un grupo insurgente denominado «Comando de la Selva». De ahí los «ataques» a poblaciones para localizar sus integrantes.

Siete de las 20 personas agredidas fueron retenidos por los militares, dejando ir al resto. Los siete cimarrones, uno de ellos de tan solo 15 años de edad, fueron trasladados desde Atjoni hacia Tjongalangapassi con los ojos vendados. Luego de recorridos 30 Km., los agentes militares procedieron a sacarlos agresivamente del vehículo donde viajaban; se les entregó una pala a cada uno y acto seguido se les dio orden de comenzar a cavar una fosa; allí yacerían después de morir fusilados. Sólo uno de los cimarrones, Richenel Voola (alias Aside o Ameikanabuka) sobrevivió al asesinato y escapó, aunque con heridas de gravedad. Unos días después Aside fue hallado en el Km. 30 junto a los cadáveres de las 6 restantes víctimas. Aside tenía una cortada profunda en la espalda y una herida de bala en el muslo, que se hallaba infectada de gusanos. Los cadáveres de las víctimas habían sido en parte consumidos por buitres, y sus familiares no obtuvieron autorización de la Policía Militar para enterrarlos hasta 4 días después. Aside fue asistido por personal de la Cruz Roja y trasladado a un hospital en Paramaribo, donde no pudo recibir visitas de sus familiares por expresa prohibición de la Policía Militar. Falleció tiempo después, pese a los cuidados médicos recibidos, no sin antes hablar dos veces con el denunciante original, Stanley Rench. Su relato es concordante con el recogido de otras 15 personas, testigos y participantes en la búsqueda de los fusilados.⁵⁰

Realizada la denuncia ante la Comisión (N° 10.150), esta acepta el caso y luego de 2 años de recavar documentos emite el informe N° 03/90 en donde deja constancia que «Suriname ha faltado a su obligación de respetar los derechos y libertades consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de garantizar su libre y pleno ejercicio tal como lo disponen los artículos 1 y 2 de la Convención».⁵¹ La comisión sostiene además la violación directa de los artículos 1, 2, 4(1), 5(1), 5(2), 7 (2), 7 (3), 25(1) y 25(2) de la Convención y en consecuencia recomienda al gobierno de Suriname respetar y garantizar los derechos que enumeran los artículos 1 y 2,⁵² sancionar a los autores de la matanza de civiles y pagar una justa compensación a los familiares de las víctimas, todo lo cual debía efectuarse dentro del plazo establecido de 90 días. Evidentemente, Suriname hizo caso omiso al informe de la Comisión, con lo cual esta última elevó el caso a consideración de la Corte Interamericana.

4.2.3. Memoria de la Comisión

La Comisión presenta su memoria ante la Corte en 1991. La línea argumentativa seguida tiene como piedra angular las contravenciones a los señalados artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, infracciones que habrían significado sin más la muerte cierta de las siete víctimas. En este orden, la Comisión sostiene y afirma la responsabilidad directa e innegable del estado de Suriname y consiguientemente solicita:

1. La indemnización de daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales a los familiares de las víctimas.
2. La adopción de medidas de rehabilitación del buen nombre de las víctimas.
3. Que se investigue el crimen cometido y se provea castigo de quienes sean encontrados culpables y
4. Que Suriname pague las costas incurridas por la Comisión y las víctimas.⁵³

En cuanto a la primera pretensión deducida, esto es, la responsabilidad de Suriname en los hechos acaecidos, no se produjo debate jurídico dado que el propio representante de Suriname reconoció y admitió la responsabilidad del Estado en el caso.⁵⁴ Quedaba subsistente entonces el problema que pasó a ser la cuestión jurídica fundamental: las reparaciones solicitadas, cuáles serían y cómo se determinarían. La Corte

⁵⁰ Cfr. Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No.11, párr. 13-16.

⁵¹ Ídem, párr. 17.

⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos:
«Artículo 1: (Obligación de Respetar los Derechos)

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2: (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno)

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

⁵³ Cfr. Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 8.

⁵⁴ En audiencia convocada por la Corte y realizada el 2 de diciembre de 1991.

adopta unánimemente la sentencia del 4 de diciembre de 1991 (Serie C. No. 11), en donde se reafirma la aceptación de responsabilidad Suriname y se deja abierto el proceso para tratar el tema de las reparaciones.⁵⁵

En su escrito sobre reparaciones y costas, la Comisión propone que las mismas se realicen siguiendo el principio de derecho internacional de *in integrum restitutio* (restitución total), mientras que la Corte parece afiliarse más a considerar que debe aplicarse el principio de *statu quo ante* (reestablecer al estado original). Para hacer efectiva la restitución propone la creación de dos fideicomisos, diferenciando la situación de los hijos menores dependientes de la de los adultos dependientes.

El punto que resulta más llamativo, por la originalidad del planteo, es el que realiza la Comisión respecto a las personas que tendrían derecho a una indemnización. En la reparación de los daños, dice la Comisión, habría que apartarse de las reglas habituales del Derecho Civil. La gran mayoría de las legislaciones reconoce el derecho de los sucesores a ser indemnizados: estos son, a *grosso modo*, los hijos y el cónyuge. La petición de la Comisión propone tomar en consideración la estructura familiar de los cimarrones, estructura fundamentalmente matriarcal en donde la práctica de la poligamia es moneda corriente. Dentro de este esquema, es evidente que el resarcimiento debería hacerse extensivo a un grupo de personas bastante más amplio, siguiendo la línea materna y según el grado de dependencia económica que existía respecto de la persona difunta. Asimismo, en lo referente a la indemnización del daño moral, la Comisión pretende que se resarza a toda la tribu de los saramacas tomando en cuenta elementos socioculturales tal como lo explica en su memoria:

« En la sociedad Maroon tradicional, una persona no es sólo miembro de su grupo familiar sino también miembro de su comunidad aldeana y del grupo tribal. En este caso, el perjuicio experimentado por los aldeanos debido a la pérdida de miembros de su grupo debe ser indemnizado. Como los aldeanos constituyen en la práctica una familia en sentido amplio, [...] han sufrido perjuicios emocionales directos como resultado de las violaciones de la Convención.»⁵⁶

4.2.4. La defensa de Suriname

En la contra - memoria remitida a la Corte, el Gobierno surinamés reafirma la responsabilidad asumida pero objeta que las indemnizaciones y costas que procura la Comisión son exageradas y totalmente distanciadadas de la situación socioeconómica nacional, desvirtuando el verdadero sentido de la obligación reparatoria. En la visión de Suriname, las reparaciones deben realizarse conforme a las pautas del Derecho Civil Occidental, y no siguiendo las normas consuetudinarias de la tribu Saramaca. A juicio del Gobierno, son los principios de derecho internacional y la Convención Americana los instrumentos principales para fijar el monto indemnizatorio que corresponde a los familiares de las víctimas, y para acreditar el vínculo que los une a la persona difunta.

En lo referente al daño moral, el gobierno surinamés se opone rotundamente a indemnizar a la tribu de los saramacas por entero, ya que admitir esto sería introducir una nueva causal indemnizatoria y reconocer una nueva violación de una obligación internacional.

Por último, al tratar la forma en que se compensará a los familiares de las víctimas, Suriname propone la reparación mediante medidas de carácter no financiero como ser: facilidades habitacionales sin costo, propiedad agraria, seguridad social, laboral, médica y educativa como parte de la justa indemnización patrimonial.

4.2.5. El desarrollo del proceso

La Corte pidió a la Comisión que presentara una lista con los nombres de las personas que serían beneficiarias de la reparación patrimonial; ésta enseña una lista donde figuran los nombres de las esposas (por la práctica de la poligamia), los hijos y otros dependientes. Asimismo, la Corte también envió a su

⁵⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos explícitamente establece la obligación de reparar a las víctimas en su artículo 63 inciso 1°:

«1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.»

⁵⁶ Corte I.D.H., Caso Aloboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr 19.

Secretaría adjunta a Suriname a efectos de realizar un análisis de primera mano sobre la verdadera situación económica de ese país.

La Corte verifica además la existencia de los daños morales y materiales alegados, por lo que únicamente restaría definir qué criterios se aplicarían para hacer efectivas las reparaciones: si los criterios sociológicos que propone la Comisión, o los criterios de Derecho Civil que propone el estado de Suriname.

La disposición aplicable es el artículo 63 (1) de la Convención Americana, referente a las reparaciones:

Art. 63 inciso 1º:

«1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.»⁵⁷

La obligación reparatoria es un principio de Derecho Internacional que, a juicio de la Corte, no puede suspenderse o comprometerse en su aplicación según la voluntad de los Estados. No es lícito anteponer disposiciones de Derecho Interno para eludir la obligación reparatoria.

Según análisis de la Corte, el art. 63 (1) tiene un doble alcance: por un lado, impone a los Estados el deber de garantizar el goce de los derechos conculcados; por otra parte, respecto de los hechos pasados, habilita a la Corte a imponer una reparación por los daños causados y una justa indemnización.

La reparación, tal como la entiende la Comisión en su memoria, supone el restablecimiento del *statu quo ante* (o la aplicación del principio de *in integrum restitutio*), cosa que, como la Corte explica, es imposible en un sentido estricto del término. La reparación pretende restablecer el estado de las cosas anterior a la violación en la medida de lo jurídicamente posible. En el caso que nos ocupa, donde se conculcó el derecho a la vida de las víctimas, es claro que este derecho no puede restituirse como tal, y por ende la reparación que parece más adecuada es la compensación pecuniaria.

En este punto, la Corte se detiene a analizar cuáles son los daños que admitirá para realizar en base a ellos la consecuente reparación. Primero que nada, se acepta la existencia de daño moral sufrido por las víctimas. Este daño, a juicio de la Corte, no necesita ser probado dada la crueldad de los vejámenes a los que fueron sometidos los saramacas asesinados. También se admite el daño mortal, el daño causado a alguien por la injusta privación de su vida. El derecho a reclamar por ambos daños se transmite automáticamente por sucesión a los sobrevivientes afectados, distinguiéndose entre la situación de los sucesores y de los terceros perjudicados. Mientras que para los primeros el daño se presume, para los segundos este daño debe probarse para justificar el derecho a ser indemnizados. La misma regla se aplica para establecer quiénes se beneficiarán por la reparación de los daños materiales. El daño material puede ser reclamado siempre por los sucesores de la víctima, pero también por otros dependientes, bajo ciertas condiciones: que los aportes de la víctima para con el dependiente fueran regulares, según el grado de relación entre víctima y dependiente, y por último se exige que el dependiente tuviera una necesidad económica regularmente satisfecha por el difunto.

Recordemos que la Comisión y el Gobierno pretendían la aplicación de criterios diferentes para determinar quienes son los sucesores de las víctimas: mientras la Comisión exigía se apliquen las normas propias de la costumbre saramaca, que se caracteriza por una estructura familiar matriarcal y la práctica de la poligamia, el Gobierno solicita que se aplique su Derecho Civil.

A nuestro entender, la cuestión se resuelve por la vía de determinar el grado de autonomía que se atribuye a las poblaciones indígenas y hasta dónde se acepta la prevalencia de las propias costumbres por sobre el Derecho Interno. Una cuestión más espinosa, que abordaremos al final de este apartado, será la de precisar dónde está el límite entre el respeto de las costumbres indígenas cuando se yuxtaponen con la universalidad de los derechos humanos, fundamentados en la naturaleza y dignidad humanas.

La Comisión sostuvo, desde un primer momento, que el respeto a las costumbres saramacas se asienta en razón de la autonomía que hipotéticamente poseería la tribu. Esta pretendida autonomía, que no es internacional sino únicamente de derecho público interno, proviene, según la Comisión, de un tratado celebrado entre los saramacas y los Países Bajos en 1762. En dicho instrumento, se reconoce la autoridad de los Saramaca sobre su propio territorio. Las obligaciones que emanan de este tratado serían aplicables por sucesión al Estado de Suriname. Por su parte, la Corte enseguida descarta dicho tratado por legitimar la esclavitud, siendo contrario a las normas de *jus cogens*. Con agudeza, la Corte concluye que, «un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos».⁵⁸

⁵⁷ Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr 43.

⁵⁸ Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr 57.

Parecería entonces que, al carecer de autonomía reconocida por el Derecho Interno, los saramacas estarían bajo el imperio de las normas de derecho interno surinamés en lo que a las reparaciones se refiere. Con todo, la Corte sostiene que, en realidad, analizar la cuestión de la autonomía no tiene verdadera relevancia. En la práctica, el caso deberá resolverse atendiendo al criterio de *eficacia*. Esto significa que no importa en esencia si los saramacas gozan de autonomía o no, lo que hay que considerar es cuál es la normativa que rige de hecho, si las leyes de Suriname o el derecho consuetudinario saramaca. En este sentido, dice la Corte, se ha comprobado que el derecho de familia surinamés no tiene eficacia alguna entre los saramacas, que se rigen por sus propias reglas, y resuelven sus conflictos entre ellos, sin acudir a los Tribunales estatales. A esto hay que agregar una mala gestión del Estado de Suriname que no ha facilitado la infraestructura necesaria para llevar el registro de matrimonios, defunciones y nacimientos, requisito indispensable para la aplicación de la legislación nacional.

En un mismo orden de ideas, siguiendo a la costumbre de la tribu saramaca, las reparaciones deberían efectuarse tomando en cuenta su particular estructura familiar de índole matriarcal. El principal conjunto de parientes, la «familia» estaría constituida por todos quienes descienden de una misma mujer. Asimismo, siguiendo la tradición saramaca que habilita la pluralidad de matrimonios, la indemnización además debería hacerse extensiva a las distintas esposas de las víctimas. Agrega la Corte que, como Suriname no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, y no existen normas de derecho de gentes que determinen quiénes son los sucesores de una persona, hay que recurrir a los principios generales de derecho según art. 38 de su Estatuto. Los principios generales de derecho indican que, como regla general, son sucesores de una persona sus hijos y el cónyuge. De no existir estos, los sucesores son los ascendientes. Los principios generales que se refieren a los «hijos», «cónyuge» y «ascendientes» hay que interpretarlos, en la opinión de la Corte, según el derecho local, que no es el del Estado sino la costumbre local de los saramacas. Corresponde, pues, tomar en cuenta el derecho propio de la tribu para adaptar los principios de derecho a su realidad particular, dentro de los límites fijados por la propia Convención Americana. De hecho, a la hora de elaborar una lista de sucesores, la Corte se ciñe a la costumbre saramaca en base al criterio pragmático de la eficacia, hecho que resulta evidente al constatar que se indemniza a las distintas esposas de las víctimas y sus respectivos hijos con el difunto. Todo esto con la dificultad intrínseca que tiene tal determinación en un ámbito en donde no hay registros civiles que acrediten dichas relaciones de parentesco ni otra documentación escrita.

En cuanto al daño moral de personas dependientes que no entran dentro de la categoría de sucesores, la Corte estima que no se han presentado pruebas suficientes para acreditar tal daño. Sólo los sucesores serán indemnizados por daño moral, dado que en su caso el perjuicio moral se presume, mientras que para los otros, la Comisión, sobre quien recae el *onus probandi*, no ha logrado demostrar la existencia efectiva de daño moral.

La Corte tampoco decide acoger la solicitud de la Comisión que pretende compensación especial para la tribu Saramaca como un todo. Se argumenta que, excluido el factor racial como móvil del crimen, parecería que el atentado contra las seis víctimas fue perpetrado en un contexto de lucha contra grupos subversivos. Esta constatación no es menor: significa nada más y nada menos que el crimen *no constituye en sí un acto de discriminación contra un grupo indígena*, no supone un ataque a la pluralidad cultural. Sí constituye, y ello es innegable, una violación aberrante de los derechos humanos más básicos. El hecho de que los asesinados fueran todos saramacas es, en este caso, circunstancial, y no primario. El origen indígena de las víctimas recién se torna un elemento central a la hora de determinar, como vimos antes, si se tomará en cuenta su régimen normativo propio o no. Tampoco procede indemnización a la tribu bajo el argumento de que «constituyen una familia en sentido amplio», ya que, como bien explica la Corte, no puede extenderse este beneficio a todos los cuerpos intermedios a los que un individuo pertenece, más allá de su familia.

4.2.6. Fallo de la Corte

La sentencia contiene cinco puntos fundamentales:

1. La Corte condena a Suriname al pago de reparaciones. Fija el monto indemnizatorio y reintegro de los gastos que Suriname deberá abonar a los sucesores y dependientes siguiendo las normas propias de la tribu Saramaca. Sus beneficiarios son ascendientes, esposas e hijos.
2. Se dispone la instauración de dos fideicomisos diferenciando la situación de menores y adultos.
3. Se dispone asimismo la creación de una Fundación destinada a asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones. Esta Fundación será financiada en parte por el Estado de Suriname.

4. Se ordena al Estado de Suriname reabrir una escuela y dotarla de personal para suplir las carencias educativas en la zona donde habita la tribu Saramaca.
5. Se decide que no hay condena en costas.

4.3. Reflexiones personales sobre la admisibilidad de la poligamia

La poligamia, entendida tradicionalmente como multiplicidad de matrimonios, es un fenómeno ancestral: se constata su existencia ya desde la Prehistoria y la Antigüedad y reviste dos modalidades básicas: poliginia (pluralidad de mujeres para un solo marido) o poliandria (pluralidad de maridos para una sola mujer). Ambas formas de poligamia subsisten en la actualidad como praxis cultural extendida en algunas tribus indígenas, frecuentemente asociadas al fenómeno religioso, siendo la poliginia de uso mucho más acostumbrado que su correlativa. Desde una perspectiva estrictamente Teológica, la poligamia inicialmente aceptada en la Antigüedad a raíz de una necesidad procreativa, ha pasado a estar proscrita en algunos cultos como la Fe Católica o la Judía. No obstante, es de notoriedad que en otras religiones como el paradigmático caso del Islam, constituye una parte de la doctrina extendiéndose al ámbito de las pautas culturales, aunque la práctica de la poligamia en el mundo musulmán es palpablemente minoritaria.

Nos lanzamos a la intrincada tarea de precisar si la poligamia es contraria a los derechos humanos o no. Acto seguido, discutiremos si el fallo de la Corte fue dictado según una visión universal de los derechos humanos. ¿Actuó bien la Corte en el Caso *Aloeboetoe vs. Suriname* cuando en virtud de la costumbre poligámica, indemniza a las esposas de los difuntos?

Nosotros proponemos una solución desde la Teoría de los Derechos Humanos, que como realidad histórica y cultural, no puede separarse completamente de vicisitudes políticas, filosóficas, religiosas y morales. No obstante, conviene recordar que, desde nuestra óptica, la nota fundamental que caracteriza cualquier sistema de derechos humanos es la *universalidad* que se asienta en rasgos compartidos por todos los seres humanos de cualquier época y lugar: las exigencias básicas de su naturaleza y su esencial dignidad (el hombre es un fin en sí mismo). Esta dignidad intrínseca a la condición humana es, como la entendemos nosotros, la consecuencia de que el hombre es un ser *creado*. En última instancia, la dignidad humana se asienta sobre una concepción trascendente de la vida, en la cual debe existir un Ser absoluto que confiera a la dignidad humana la referida condición absoluta.

Ya hemos señalado la enorme dificultad que supone conjugar el respeto por la diversidad cultural, que es un derecho humano en sí mismo, con la nota de universalidad. El caso estudiado tiene como centro cuestiones de Derecho Familiar; de hecho, es necesario atender a los derechos humanos que se tutelan en el ámbito de la familia y a un concepto universal y natural de matrimonio.

«El matrimonio puede definirse como la unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y en la feminidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda. [...] Al conjunto de características propias del varón lo llamamos virilidad y al conjunto de características peculiares de la mujer lo denominamos feminidad».⁵⁹

Por asentarse en caracteres de la persona humana, decimos que *el matrimonio es una institución natural*. Esto quiere decir, ni más ni menos, que responde a la estructura óptica de la persona humana (inclinación natural). Como consecuencia, podemos afirmar entonces, que si el matrimonio es institución natural, entonces no es un contrato civil. Concebido como contrato civil, el matrimonio resultaría de una legislación positiva, y toda legislación positiva requiere una instancia natural y preexistente.

Podemos resumir la naturalidad del matrimonio en el siguiente silogismo:

1. Todo hombre está naturalmente constituido como varón o como mujer.
2. El varón y la mujer están hechos el uno para el otro, y esto se manifiesta en la mutua atracción que los une y en su complementariedad.
3. Como personas humanas diferentes, hechas el uno para el otro, hombre y mujer tienden a juntarse en una unión perfecta.
4. Esta forma específica de unirse que responde a la ley natural y a la condición de persona, es lo que llamamos matrimonio .⁶⁰

⁵⁹ HERVADA, Javier, Cuatro Lecciones de Derecho Natural, EUNSA, cuarta edición, Pamplona, 1998, pp. 129 y 130.

⁶⁰ Cfr. idem, pp. 133 - 135.

Una de las propiedades esenciales del matrimonio, dada por la propia naturaleza, es la **unidad**, entendida esta como **monogamia**. El matrimonio tiene naturaleza exclusiva y excluyente, esto quiere decir que supone una entrega completa del uno al otro, pero también una exigencia de compromiso total. De esto se desprende que el matrimonio sólo puede existir entre un varón y una mujer, porque la intervención de un tercero atenta contra la entrega total que la naturaleza exige.⁶¹

Siguiendo un razonamiento antropológico, los fines de la familia serían fundamentalmente dos: la procreación y formación de los hijos, y la comunidad de vida y ayuda mutua de sus miembros volcadas a una obra común. La poligamia no representa un obstáculo frente al fin procreativo, sin embargo, claramente atenta contra la ayuda mutua, la convivencia familiar y la crianza de los hijos que requieren de ambas figuras (paterna y materna) para su normal desarrollo.⁶² Las conductas contrarias a la mutua ayuda, por ser una alteración de la ley natural, resultan injustas.

Por otra parte, la unidad del matrimonio reside en la igualdad de la dignidad del hombre y la mujer. La poligamia conlleva consigo una evidente desigualdad. En el caso de la poliginia, mientras cada mujer se «entrega» por completo a su marido, no sucede lo mismo viceversa.⁶³ Es notorio que la poligamia (en la modalidad de poliginia) fomenta situación dispar de hombres y mujeres, en donde las segundas se encuentran «sometidas» a su esposo. Generalmente existe una jerarquía o preeminencia de algunas esposas sobre otras, lo que genera inevitables conflictos. Opinamos que en los matrimonios poligámicos marido y mujer no se ubican en plano de igualdad de derechos, igualdad que deben tener por poseer una misma dignidad en cuanto personas.⁶⁴

Esta situación de disparidad fomenta, en la práctica, graves violaciones a los derechos humanos de mujeres que se cometen en ciertas tribus: matrimonios a temprana edad, discriminación contra las mujeres que no contrajeron matrimonio, abuso sexual, etc.

¿La poligamia es violatoria de los derechos humanos? Si los derechos humanos tienen como referente ontológico a la naturaleza humana, y constatamos que la poligamia es *contra natura*, se deduce que, efectivamente, esta práctica cultural es desalineada respecto de las pautas que marca la Teoría General de los Derechos Humanos. Ciertamente, si lo que se busca es la protección de la familia, la poligamia, en cualquiera de sus modalidades, aparece como contraria a los derechos humanos.

Por dicha razón también desde el Derecho Positivo se ha intentado de proscribir dicha práctica. De hecho, la Organización de las Naciones Unidas, ha recomendado en sus informes a muchos países la eliminación de la poligamia por los inconvenientes que trae, siendo un organismo de vocación universal que representa la tendencia universal de los derechos humanos. Tal es el caso de Mali. En un informe de la situación de los derechos humanos en dicho Estado, el Comité de Derechos Humanos señala:

«El Comité señala a este respecto a la atención de Malí su Observación general 28 (2000) relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en particular en lo que respecta a la poligamia, que atenta contra la dignidad de la mujer y constituye una discriminación inadmisibles contra su persona. El Estado Parte debería abolir definitivamente la poligamia.

Se debería prestar atención especial a la cuestión del matrimonio precoz de las jóvenes, que es un fenómeno de gran amplitud. El Estado Parte debería elevar la edad mínima legal para el matrimonio de las jóvenes de modo que corresponda a la de los jóvenes.»⁶⁵

Ahora bien, un segundo paso en nuestro análisis consiste en determinar si el fallo de la Corte al considerar la poligamia como elemento cultural fue justo o no. Según lo expuesto, la poligamia parecería atentar contra los derechos humanos. Sin embargo, a nuestro juicio, la cuestión de en qué grado no es en absoluto de importancia menor. Creemos que se trata de una *cuestión verdaderamente límite*. Es claro que la poligamia no atenta de igual forma contra los derechos básicos de la persona como sí pueden hacerlo otras prácticas culturales como la infibulación femenina, la lapidación, y un larguísimo etcétera. Permite los fines primarios de la familia (procreación) aunque atenta contra los secundarios (ayuda mutua).

Teniendo esto en mente, nuestra opinión es que el fallo de la Corte fue acertado al indemnizar a las esposas de los difuntos, más allá de que la poligamia en sí sea una práctica condenable. Resumimos las razones que nos llevan a pensar esto:

⁶¹ Cfr. ídem., pp.141 - 142.

⁶² Cfr. JOLIVIET, Régis, Tratado de Filosofía Moral, Ediciones Carlos Lohle, versión castellana de la 5a edición francesa, Buenos Aires, 1966, pp. 332 - 335.

⁶³ Cfr. HERVADA, Javier, Cuatro Lecciones de Derecho Natural, EUNSA, cuarta edición, Pamplona, 1998, pp. 142 - 143.

⁶⁴ Es conveniente aclarar que la igualdad de derechos no supone una igualdad de roles.

⁶⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Mali. 16/04/2003. CCPR/CO/77/MLI. (Concluding Observations/Comments), disponible en <http://www.ohchr.org/spanish>

1. En el caso que se nos plantea, no aparecen pruebas para acreditar la existencia de los inconvenientes propios de tal régimen matrimonial; si es que existen en la tribu Saramaca, evidentemente no fueron traídos a la luz por el Gobierno de Suriname como un elemento importante.

2. La búsqueda de la Justicia no puede desconocer la realidad de la cual parte. El Deber Ser no se sostiene si se lo escinde del Ser. En el caso *Aloeboetoe vs. Suriname* se parte de una realidad que es la existencia de una práctica cultural establecida. La Corte, al emitir su fallo definitivo, no debería omitir esta realidad. Consideramos que una aplicación normativa «a rajatabla», desprendida del contexto histórico - cultural, puede devenir injusta.

3. El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* no presenta a la poligamia como la cuestión central a debatir. No aparece en discusión si la poligamia está bien o mal sino que la Corte adopta un criterio pragmático: la constatación de un daño que debe ser reparado. Se confirmó que las esposas de los difuntos efectivamente sufrieron un perjuicio moral y material, y, como nos encontramos frente a un caso de reparaciones en donde la Corte optó por aplicar el derecho local, es perfectamente lógico que tal indemnización sea debida.

4. Las conclusiones que anteceden no significan en modo alguno legitimar la poligamia como práctica cultural. Simplemente consideramos que, en aplicación de criterios universales de justicia a este caso específico, una sentencia que desconociera las costumbres locales y proscribiera la poligamia resultaría injusta. Sostenemos que no pueden vetarse prácticas culturales contrarias a los derechos humanos por la vía de la fuerza, por medio de una sentencia «condenatoria», que se impone por encima de la realidad de las cosas. Esto es no respetar en grado mínimo a la identidad cultural de pueblos y etnias. Es importante realizar la siguiente salvedad, que distingue entre los casos que son limítrofes, como el que nos ocupa, y los supuestos de violaciones aberrantes que no constituyen casos limítrofes. Mientras es lícito aplicar cierto grado de tolerancia y equidad en los primeros, las violaciones manifiestas contra los bienes humanos más elementales (vida, integridad física, libertad, honor, etc) bajo ningún concepto pueden consentirse y deben ser castigados sin excepción. La regla es la siguiente: cuanto mayor es la trascendencia del bien jurídico tutelado, menor el grado de flexibilidad, y viceversa. El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* es esencialmente limítrofe. Desde este lugar, proponemos una vía alternativa a la fuerza para «combatir» costumbres contrarias a los derechos humanos, que es la vía del diálogo y del convencimiento. En última instancia, habrá que fomentar la toma de conciencia de una realidad que es *contra natura* y la consecuente necesidad de armonizarla según las pautas naturales.

5. CONCLUSIONES

Partimos de una serie de constataciones de la realidad latinoamericana en materia de derechos indígenas, para finalmente articular una respuesta superadora de sus dificultades.

5.1 La distintas facetas de la América indígena: una serie de constataciones

1. Desde nuestro punto de vista, juzgamos que los estados latinoamericanos han avanzado en el reconocimiento de la composición pluriétnica de su población civil. El rastreo de las constituciones americanas efectuado así lo demuestra. La pluriétnicidad reconocida es una clara señal de que los países latinoamericanos parecen rechazar cualquier forma de asimilacionismo y reconocen el derecho a la identidad de sus comunidades indígenas, ya sea a través de la ratificación de pactos internacionales como a nivel constitucional. La tutela jurídica del derecho a la identidad se materializa tanto en derechos de primera, segunda y tercera generación como expresión de la multiétnicidad.

2. Como contracara debemos señalar que en los hechos se siguen constatando situaciones de desigualdad material y violaciones de derechos humanos tan básicos como la vida. En el ámbito latinoamericano se ha popularizado una frase para describir la situación de las poblaciones indígenas: se suele decir que son «los más pobres de entre los pobres», descripción que no resulta para nada exagerada. No se puede culpar a los estados por falta de legislación al respecto, más bien podrá imputárseles la falta de concreción de esas normas, la mala praxis de los principios reconocidos por el orden jurídico, en una postura de amplio y abierto desconocimiento de la ley.⁶⁶ Por ende, la solución y satisfacción de las demandas indígenas no se obtiene a través de una reestructuración legal, sino que empieza por la voluntad de los gobiernos para cumplir y llevar

⁶⁶ En este párrafo empleamos los términos «ley» y «legislación» en un sentido laxo, comprendiendo también a las normas constitucionales y tratados internacionales.

a la práctica lo que la ley ya establece. Esto es nada más y nada menos que advertir la importancia de la dimensión prestacional del Estado para la eficacia de los derechos humanos.

3. En materia jurisdiccional, destacamos labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos que atiende reclamos de organismos, grupos e individuos en materia de violaciones a los derechos indígenas. El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* resulta un excelente ejemplo para ilustrar cómo actúa la Corte incorporando las últimas tendencias en materia de derechos indígenas, como ser el reconocimiento de sus derechos culturales. Subsiste el gran inconveniente de que todavía no se han ideado mecanismos para imponer de forma coactiva los mandatos de la Corte para que sean secundados por los estados, quedando a la discrecionalidad de estos últimos la aplicación o no de lo que la Corte dispone.

4. La cuestión indígena aparece enturbiada por una fuerte politización del tema. Los grupos y organizaciones indigenistas se transforman en verdaderas marionetas de movimientos izquierdistas, en medios de denuncia en contra del tan vituperado «neoliberalismo imperialista». La triste verdad es que en reiteradas ocasiones la protección del hábitat natural indígena y sus recursos es malempleada por estos movimientos como excusa para poner freno a la acción de empresas multinacionales, vistas como expresión del estigmatizado «imperialismo» económico que mencionamos. De más está decir que estas «operaciones» le restan seriedad a la discusión de la cuestión indígena. La utilización de los derechos humanos como banderas de lucha ideológica, como catalizadores de la acción política, hace que en definitiva se degeneren y pierdan su significado como exigencias propias de la naturaleza humana.

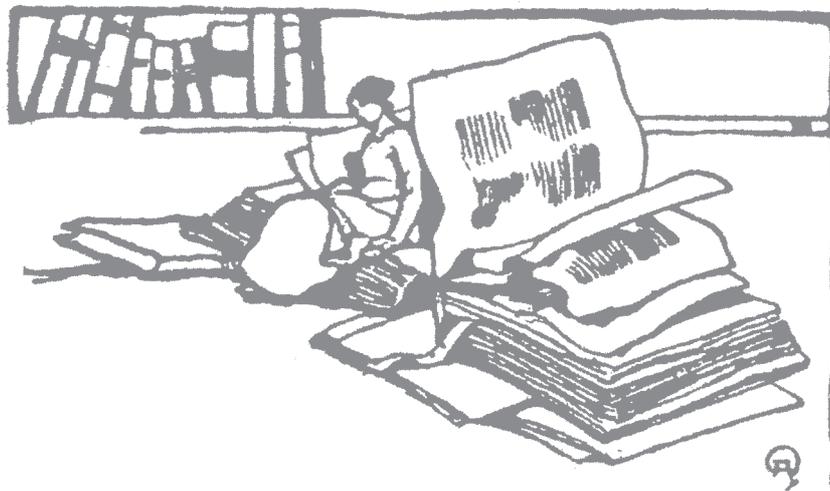
5.2 Nuestra propuesta

Siguiendo la línea de pensamiento que vinimos desarrollando hasta ahora, queremos plantear una triple solución al problema del multiculturalismo y los derechos indígenas:

- El primer paso consiste en la superación del multiculturalismo relativista. De la misma forma como el asimilacionismo parece haber sido desterrado de nuestro continente, hay que sustraerse del multiculturalismo a la hora de defender los derechos de las comunidades indígenas. Podetti resume impecablemente los argumentos que justifican tal necesidad cuando plantea: «El multiculturalismo expresa en cierto sentido, y primariamente, la instintiva reacción frente a las hegemonías que se asumen como universalidad, pero no resuelve el problema, porque postula sacrificar una deficiente unidad pero para reemplazarla por una no menos deficiente diversidad. No hay verdadera unidad que no contenga la diversidad, pero tampoco hay diversidades que tengan sentido sin una unidad que las contenga».⁶⁷
- Fomentar la autonomía como la vía principal para el reconocimiento y la garantía del respeto a la identidad cultural. Sostener la tesis de la pluralidad de naciones para enardecer posturas separatistas y reclamar el derecho a libre determinación no reporta ningún beneficio ni a las propias comunidades indígenas ni a la sociedad en su conjunto, sino por el contrario, deriva en una nociva desintegración social. Todos los integrantes de grupos indígenas deben reconocerse como nacionales, además de pertenecientes a una comunidad particular. Esto implica poner en marcha planes para hacer verdaderamente extensivo el ejercicio de los derechos políticos a las comunidades indígenas.
- Los latinoamericanos debemos hacer de la diversidad cultural nuestra riqueza, impulsar la diversidad cultural a través de la «discriminación positiva» y proteger la multiétnicidad como forma de lograr una igualdad real. Reiteramos que esto sólo es posible si el Estado asume la dimensión prestacional que le corresponde y se propone seriamente garantizar el cumplimiento y efectividad de la normas existentes, para que no acaben siendo letra muerta. El límite de la protección a la identidad cultural y la discriminación positiva estará marcado, en última instancia, por la naturaleza humana y sus exigencias. Ante cualquier duda, siempre deberá prevalecer la universalidad de los derechos asentada en la dignidad común de todos los hombres por encima de las tradiciones culturales. Como señalamos oportunamente al efectuar el análisis jurisprudencial, se hace imprescindible considerar cada situación particular y discriminar los casos limítrofes, en donde la diversidad cultural reclama mayor tolerancia y flexibilidad, de los que suponen contravenciones evidentes a la vida, honor, libertad, y otros derechos humanos primordiales. En este último caso, ello implica proteger a las comunidades aún de sus propias prácticas culturales cuando estas comprometen bienes básicos de la existencia humana.

⁶⁷ PODETTI, Ramiro, *Mestizaje y transculturación: la propuesta latinoamericana de globalización*, Comunicación presentada en el VI Corredor de las Ideas del Cono Sur, Universidad de Montevideo, 11 al 13 de Marzo de 2004, Montevideo, Uruguay.





NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *“Derecho Administrativo Especial”, volumen 1*
- *“Curso de Derecho de la Integración”*
- *“Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica”*
- *“Código Penal comentado, sistematizado y anotado”, tomo I, 2ª edición*



“DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL”, Volumen I

Carlos E. Delpiazzo

Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2006, 526 páginas

Carlos E. Delpiazzo, Profesor de Derecho Público e Informática Jurídica y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República, Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Profesor Invitado, Visitante y Extraordinario de diversas Universidades e Institutos extranjeros, así como autor de múltiples libros y trabajos sobre temas de su especialidad, muestra en esta obra en particular, las condiciones de un “Profesor” en el sentido más profundo de la palabra: formación, capacidad de planificación y sistematización, reconocimiento de sus maestros y especial consideración por sus estudiantes.

Con más de cien publicaciones, nos entrega ahora su primer volumen de Derecho Administrativo Especial, que dedica a sus Profesores, con gratitud por su magisterio, y a sus alumnos, con cariñoso recuerdo por su estímulo.

La obra se inicia, precisamente, citando a sus maestros Enrique Sayagués Laso, Daniel Hugo Martins y Julio Prat, con un primer capítulo dedicado a destacar LA IMPORTANCIA DE LA LLAMADA “PARTE ESPECIAL” del Derecho Administrativo. La justificación de un estudio como el que encara, finca en la necesidad de realizar un análisis sistemático de los principios y normas que constituyen el régimen específico de las actividades de la Administración, a los efectos de una mejor comprensión de la realidad jurídica en su manifestación concreta y diaria.

El estudio de dicha Parte Especial del Derecho Administrativo supone, señala Delpiazzo, algo más que una mera descripción de la legislación en forma de enciclopedia jurídica. Plantea, en realidad, la exigencia de un examen con criterio científico, que permita establecer categorías y deducir principios.

En el mismo capítulo inicial, el autor registra los antecedentes del estudio de esta parte de la disciplina en nuestro país, y explica su contenido referido a la organización y la actividad de la Administración, abordadas desde la perspectiva del Derecho positivo, analizado sistemáticamente en el marco científico previamente descripto por la Parte General.

Luego de explicar los diferentes criterios de clasificación de los cometidos a cargo de la Administración (criterios orgánico, teleológico, de los modos de actuación, del régimen jurídico, de la prestación y de las esferas de acción), Delpiazzo formula SU PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN, que realizará a partir de un deslinde inicial entre dos grandes sectores: la organización de la Administración pública uruguaya, por un lado, y los cometidos de dicha Administración, por otro.

En el sector correspondiente a los cometidos, tomará como base, con algunos matices y sin desconocer observaciones y dificultades aplicativas que pueda plantear, la clasificación de Sayagués Laso, considerando los cometidos esenciales, los servicios públicos y sociales, la actividad económica privada a cargo de la Administración, y el régimen administrativo de la actividad privada.

El Volumen 1, que ahora nos entrega, incluye además de su “Índice General”, un “Plan de la Obra”, en el que anticipa el contenido del Volumen 2., dedicado a los servicios sociales, la actividad económica de la Administración y el régimen administrativo de la actividad privada.

El contenido de este primer volumen se divide en TRES PARTES:

LA PRIMERA PARTE, dedicada a la organización, distingue:

- a) la Administración propia de la persona pública mayor Estado, analizando la Administración central (correspondiente al Poder Ejecutivo) y las Administraciones legislativa y judicial (correspondientes a los otros dos Poderes de gobierno);
- b) las Administraciones descentralizadas, diferenciando entre las de base funcional (Entes Autónomos y Servicios Descentralizados) y las de base territorial (Gobiernos Departamentales); y

c) las personas públicas no estatales (aunque, observa, no son Administraciones públicas en sentido estricto), y las sociedades de economía mixta, tanto de Derecho público como de Derecho privado (aunque, puntualiza, estas últimas tampoco integran la Administración pública *stricto sensu*).

LA SEGUNDA PARTE se ocupa del análisis de los cometidos esenciales, partiendo de un capítulo introductorio, dedicado a la caracterización general de esta especie de cometidos, para desarrollar luego el estudio de la fijación de políticas sectoriales, la conducción de la economía, la actividad financiera, la defensa nacional, la seguridad pública, las relaciones exteriores, la higiene pública, el ordenamiento territorial, la protección del medio ambiente, y los cometidos esenciales departamentales y locales.

LA TERCERA PARTE se inicia con una caracterización general de lo que denomina administración prestacional, e incluye la consideración de los servicios públicos (transportes, energía eléctrica, agua potable y el saneamiento), tanto a nivel nacional como departamental y local.

El tratamiento de los temas observa el tipo de estructura pulcra y rigurosamente simétrica, a la que Delpiazzo nos tiene acostumbrados. Cada capítulo realiza una caracterización de su objeto, y un análisis de evolución, organización y competencia, cerrando con su bibliografía respectiva. Considera las instancias de control a que las organizaciones y actividades se encuentran sujetas, así como sus particularidades.

El cómodo manejo de la Teoría general del Derecho Administrativo, así como el completo conocimiento de la evolución del Derecho positivo y las instituciones nacionales, que el libro refleja, nos muestran a un autor en plena madurez de su producción científica y nos dejan ansiosos de recibir la próxima entrega.

Dra. Cristina Vázquez

CURSO DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Jorge E. Fernández Reyes

Universidad de Montevideo, Montevideo, 2006, 366 págs.

En la actualidad, asistimos a una tendencia de los Estados de avanzar del proteccionismo histórico de sus economías a la liberalización del comercio. Para algunos, es un instrumento de desarrollo: para otros, una forma de combatir el subdesarrollo. Lo cierto es que este contexto político conlleva una realidad económica marcada por el predominio de las relaciones de integración en un mundo globalizado o en una economía mundializada que naturalmente impacta en lo jurídico.

Es así que se habla del “Derecho de la Integración” como la disciplina jurídica que estudia este fenómeno diferente y diferenciable, caracterizado por una nueva forma de relacionamiento de los Estados independientes.

La Universidad de Montevideo (U.M.) ha sido, a nivel nacional, de los principales promotores del análisis e investigación del régimen jurídico de este nuevo orden mundial.

En tal sentido, en el año 1991 realizó, a través del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (I.E.M.M.), la primera publicación uruguaya sobre el “Tratado de Asunción”, constitutivo del MERCOSUR, recogiendo la ilustrada exposición que realizara el entonces Canciller de la República, Prof. Héctor Gros Espiell, pocos días después de la celebración de dicho acuerdo internacional de integración de los países de la región.

Asimismo, desde el año 1996 viene impartiendo el Master en Comercio Internacional e Integración, que ya cuenta con varias generaciones de egresados.

Paralelamente, en el año 1999 publicó el libro titulado “El Derecho de la Integración del MERCOSUR”, escrito por cinco autores de primera línea, a saber: el Dr. Héctor Gros Espiell, el Dr. Carlos E. Delpiazzo, el Dr. Felipe Rotondo, la Dra. Cristina Vázquez y el Dr. Mariano Brito.

En esta oportunidad, la U.M. nos entrega el “Curso de Derecho de la Integración” del Dr. Jorge Fernández Reyes, que cuenta con el mérito invaluable de poner a disposición de todos un completo análisis y un ordenado desarrollo de los aspectos básicos de esta moderna manifestación que es la integración, en su impacto en el Derecho, con el valor agregado propio de la trayectoria académica y la experiencia profesional de su autor.

En efecto, Profesor de Derecho de la Integración en la U.M. y Director del Master en Comercio Internacional e Integración de la misma, el Dr. Jorge E. Fernández Reyes vierte en este libro la profundidad de su intensa labor académica, complementada con su vasta experiencia como primer Director de la Secretaría del MERCOSUR, todo lo cual determina su autoridad indiscutible en la materia.

Como su nombre lo indica, la obra se estructura en términos del desarrollo de un Curso, lo que permite una acabada comprensión de las principales manifestaciones del fenómeno, con un alcance didáctico y académico para estudiantes y profesionales interesados.

Se desarrolla en tres Títulos que responden básicamente a tres grandes unidades temáticas: el Derecho a la Integración (Título I), los Procesos de Integración (Título II) y el MERCOSUR (Título III).

El primero de ellos parte del análisis del fenómeno de la integración en sus distintas modalidades, determinante de un “Nuevo Orden Mundial” y de un “Nuevo Orden Económico Internacional”. Es esta constatación de una realidad diferenciable y trascendente, claramente explicitada en el Capítulo Primero, la que lleva al autor a considerar la necesidad de un desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial al respecto que trascienda los límites de las disciplinas jurídicas existentes.

Es así que el Capítulo Segundo tiene por objeto delimitar el concepto y alcance del Derecho de la Integración como una nueva disciplina jurídica, en formación pero autónoma.

El Título II contiene un estudio de los distintos procesos de integración contemporáneos, con especial hincapié en el proceso europeo -por su importancia, evolución y desarrollo- y en aquellos más cercanos -por su incidencia en la situación actual de nuestro país-, tales como los procesos de integración latinoamericana, centroamericana, de América del Norte y hemisférica (ALCA), todos ellos analizados de manera sistemática en sucesivos capítulos.

Completa el análisis de la temática el tratamiento de “Otros procesos de integración” (Capítulo Séptimo) de menor relevancia para nuestro país pero no menos importantes a nivel mundial, como ser la Comunidad de Estados Independientes, la Unión Económica de los Estados Árabes, la Comunidad Económica de los Estados de Africa Central, entre otros.

Finalmente, el Título III estudia el MERCOSUR en sus más diversas facetas: sus objetivos, principios y características principales (Capítulo Primero), su estructura institucional (Capítulo Segundo), sus instrumentos (Capítulo Tercero), la incorporación de normas (Capítulo Cuarto), los mecanismos de solución de controversias (Capítulo Quinto), sus distintas dimensiones (Capítulo Sexto), su relacionamiento externo (Capítulo Séptimo) y sus Estados asociados (Capítulo Octavo).

De esta manera, el Curso logra facilitar una comprensión cierta y ajustada a la realidad del nacimiento del MERCOSUR y su funcionamiento hasta el estadio actual, a través del análisis de sus aspectos generales y de aquellos aspectos particulares que han demostrado ser trascendentes a lo largo de los 15 años de vida de este proceso de integración, que se complementa con un compendio de las principales normas que los regulan.

Como corolario, cabe transcribir la valoración optimista que realiza el autor al respecto, por provenir de alguien que ha estado inmerso en el desarrollo del proceso: *“lo más importante es reconocer al MERCOSUR como un proceso sui generis, difícilmente enmarcable en los moldes tradicionales de los esquemas de integración, por lo que, manteniendo los objetivos que lo inspiraron y adecuando la instrumentalidad necesaria para la implementación de sus objetivos, como el traje a medida, sigue siendo un instrumento válido para los Estados Partes”*.

Dr. Gabriel Delpiazzo Antón

EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA

V FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
(UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, QUITO, 2006), 300 PÁGINAS.

Como cuestión previa, es necesario ubicar el libro que se comenta en el contexto de las labores del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, fundado en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) el 1° de marzo de 2002 según la “idea preclara que nuestro amigo y colega Julio Comadira vislumbrara años atrás” y al calor de quien tales palabras pronuncia en la “**Dedicatoria y Agradecimiento**” que encabezan este volumen, el Prof. Jaime Rodríguez Arana Muñoz (por entonces Director del Instituto Nacional de Administración Pública de España y hoy Presidente del Foro).

Los trabajos de aquella primera reunión, centrada en “*La profesionalización de la función pública en Iberoamérica*”, fueron recogidos en un libro así titulado editado por dicho Instituto (Madrid, 2002), con una extensión de 281 páginas.

La segunda y tercera reuniones del Foro tuvieron lugar en junio de 2002 y marzo de 2004 en Antigua (Guatemala) y Cartagena de Indias (Colombia), versando respectivamente sobre “*Ética pública y descentralización territorial en Iberoamérica*” y sobre “*La reforma administrativa en los países iberoamericanos*”, material que quedó consignado electrónicamente y no en forma convencional.

La cuarta reunión del Foro se celebró en La Coruña (España) en octubre de 2004 y estuvo dedicada al “*Principio de participación en el Derecho Administrativo Iberoamericano*”. Buena parte de las ponencias allí presentadas fueron publicadas (en idioma español) en el N° 5 de la Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2005, págs. 27 a 150) y todas ellas (en idioma portugués) en un libro organizado por el Prof. Rogerio Gesta Leal titulado “*Administração Pública e Participação Social na América Latina*” (Universidade de Santa Cruz do Sul, 2005), con 414 páginas.

La quinta reunión del Foro, que se desarrolló en Quito en el pasado mes de abril de 2006, tuvo por tema “*El marco constitucional del Derecho Administrativo Iberoamericano*”, dando lugar a la importante obra colectiva que se reseña en estos párrafos, la cual está también disponible en el sitio web de la Universidad San Francisco de Quito: <http://www.usfq.edu.ec>.

Tras la aludida “Dedicatoria y Agradecimiento”, sigue una “**Introducción**” a cargo del Prof. Javier Roballino Orellana, eficaz Coordinador de los trabajos de nuestro Foro, y un “**Prólogo**” escrito por el distinguido Decano del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad anfitriona, Prof. Fabián Corral.

Las “**Ponencias**” que se incluyen en el tomo son las correspondientes a la autoría de los Profesores Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil), Allan R. Brewer Carías (Venezuela), Mariano R. Brito (Uruguay), Juan Pablo Cajarville Peluffo (Uruguay), Hugo Haroldo Calderón (Guatemala), Juan Carlos Cassagne (Argentina), Germán Cisneros Farías (México), Carlos E. Delpiazzo (Uruguay); Rogerio Gesta Leal (Brasil), Jorge Enrique Ibáñez (Colombia), Miriam Mabel Ivanega (Argentina), José Luis Meilán Gil (España), Karlos Navarro (Nicaragua) -con la colaboración de Miguel Angel Sendín (España)- Rolando Pantoja Bauzá (Chile), Javier Robalino Orellana (Ecuador), Jaime Rodríguez Arana (España), Armando Rodríguez García (Venezuela), Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia), Enrique Rojas Franco (Costa Rica), Jaime Orlando Santofimio (Colombia) y José Mario Serrate Paz (Bolivia).

También forma parte del libro la ponencia presentada por el Prof. Jorge Luis Salomoni (Argentina), quien no estuvo presente en la reunión del Foro a la que tenía planeado asistir por fallecer imprevistamente en la ciudad de Buenos Aires pocas horas antes del comienzo del evento de Quito. Tan lamentable pérdida, al igual que la del Prof. Julio Comadira ocurrida pocos meses antes, enlutan no sólo al Foro sino a todo el Derecho Administrativo, que tendrá en ellos seguros referentes a los cuales acudir para no desviar el camino del servicio debido.

Tal como se consigna en la Declaración final del V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, del contexto de las aportaciones recogidas en el libro que se comenta se desprende que “El Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo están llamados a

convivir desde los postulados de la complementariedad y la compatibilidad. Ambas disciplinas jurídicas tienen, en el marco de la unidad sustancial del derecho público, su propia autonomía y su objeto material y formal de estudio. Ambas expresiones del Derecho público, permanentemente interrelacionadas, han de evitar asumir funciones que no les corresponden. Igual que no es aceptable una progresiva administrativización del Derecho Constitucional, no puede mantenerse una constitucionalización del Derecho Administrativo excesivamente detallista o que termine por laminar su sustantividad científica”.

En resumen, el libro que se comenta puede considerarse como un cimiento importante para la edificación del Derecho Administrativo en los países Iberoamérica y para el abordaje de los próximos trabajos del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Carlos E. Delpiazzo

“CÓDIGO PENAL Y LEYES PENALES COMPLEMENTARIAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. TOMO I. 2ª EDICIÓN”

Por segunda vez he sido honrado con la posibilidad de reseñar una novedad bibliográfica autoría del Dr. Miguel Langón Cuñarro. Semana a semana tengo el privilegio de vivir la docencia y la ciencia penal junto a un excelso doctrino como el Dr. Langón, y me veo imbuido en su constante espíritu renovador y crítico del Derecho Positivo.

Ese mismo espíritu subyace en esta excepcional obra, que supera largamente la calidad de los otros Códigos Penales anotados que se hayan editado en Uruguay.

Nótese que la última publicación del Dr. Langón fue puesta en circulación en mayo del corriente año dos mil seis, y en menos de cuatro meses ha vuelto a enriquecer las mentes de los ávidos lectores de doctrina penal y operadores del sistema con esta segunda edición del “Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay. Tomo I”.

Se trata de dogmática y ley penal en un solo material, preparado con sumo detenimiento para brindar las herramientas necesarias al investigador y operador del Derecho Penal.

En esta Segunda Edición del Tomo I (que comprende el Libro I—artículos 1 a 131— del Código Penal), el Dr. Langón agrega en cada artículo los Antecedentes, las Concordancias, y los Comentarios valiosísimos donde el autor vuelca todo su nivel doctrinario, su dilatada trayectoria profesional en la Judicatura, veinte años como Fiscal del Crimen, y sus treinta y cinco años docentes (Profesor G 5 de Derecho Penal desde 1993).

La primera edición que ha tenido muy buena recepción en el foro, constituyó una obra dogmática que en cada norma señalaba los criterios interpretativos necesarios para la aplicación por los operadores (en los Comentarios), detallaba la historia de cada artículo (en los Antecedentes), y además significó contar con el más completo catálogo normativo en lo penal y también de la legislación que en otras ramas del Derecho constituía los pilares del bien jurídico protegido por cada tipo (Concordancias).

Merced a la gran cantidad de modificaciones legislativas de los últimos tres años (Ley de Humanización de Cárceles—Ley 17.897—, Código de la Niñez y la Adolescencia—Ley 17.823—, Ley de violencia en el deporte—Ley 17.951—, nuevos delitos relativos a Warrants—Ley 17.781—, Pornografía infantil—Ley 17.815—, Lavado de dinero—Ley 17.835—, y derogación de la Remisión por matrimonio—Ley 17.938—, entre otras), el Dr. Langón se vió en la necesidad de “reestructurar” esta obra (tal es el vocablo utilizado por el autor en su prólogo), fundamentalmente en relación a las penas y al régimen de libertades, donde en comentarios al artículo 131 del Código Penal el autor hecha luz sobre la Ley 17.897 (que entre otros aspectos, impone el deber de otorgar la Libertad anticipada cuando el recluso ha cumplido dos tercios de pena).

Pero no ha sido meramente una inclusión de la nueva normativa lo que nos trae este maestro de la ciencia penal, en esta segunda edición destaca la inserción de Bibliografía específica para cada artículo, obteniendo así los investigadores un invalorable mapa de la doctrina especializada (fundamentalmente vernácula) tema por tema. En esta empresa ha contado con el aporte del Dr. José Luis González, quien ofrece en la página 11 una breve historia bibliográfica que sitúa de forma destacada los trabajos que fueron base de la dogmática jurídico-penal, y por supuesto también esta valiosísima nueva propuesta del Prof. Dr. Miguel Langón.

Además, es digno de resaltar que el autor meditó su postura inicial de no colocar todas las Notas Explicativas del codificador Irureta Goyena, y ha decidido agregarlas en esta segunda edición pero no en el modo tradicional (todo el texto al final o al comienzo), sino acompañando el texto del artículo correspondiente para facilitar el análisis conjunto, lo cual habla a las claras de las inigualables nociones hermenéuticas del autor (que gobiernan las páginas que reseñamos) y su constante afán de superación.

Otro aporte particularmente útil lo constituye la inclusión del número artículo en la parte superior de cada página, con lo que se facilita el manejo del material y de cada tema.

Encuentro también muy atractivas tres secciones que se presentan inmediatamente antes del texto legal, a saber: 1- la “Noticia sobre el Proceso de Codificación” (página 15), 2- el “Catálogo de Normas Penales” (página 19), y 3- los “Antecedentes del Código Penal” (página 33), donde el lector puede cómodamente

embarcarse en toda la filosofía de la legislación penal uruguaya, así como aprehender la política criminal nacional de ayer y hoy, con el consabido valor interpretativo que revisten esos documentos.

Particularmente ricas son las páginas que el autor dedica al Proceso de Codificación, en que se reseñan las fuentes del Código Penal uruguayo (en particular el Código Penal italiano de 1931 o "Código Rocco"), destacándose por el autor con gran criterio los ribetes positivistas y clásicos del Código que redondea un trabajo codificador de "corte ecléctico" (en palabras del propio Langón).

El núcleo de esta obra lo constituye la letra de la ley y las consideraciones del Dr. Langón, que comprenden diversos contenidos, entre los que destacamos: Concepto y misión del Derecho Penal (principios de inmanencia y subsidiariedad), Principios fundamentales (del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal), La ley penal, su vigencia e interpretación, (tipos abiertos, tipos en blanco, régimen de extradición), Teoría del Delito (clasificaciones del delito), Teoría de la Acción y Teoría del Tipo (teorías de la causalidad, de las concausas, y clasificaciones de los tipos), Teoría de la Antijuridicidad (causas de justificación), Teoría de la Culpabilidad (Imputabilidad y capacidad en Derecho Penal), Circunstancias del Delito Atenuantes y Agravantes, Proceso Ejecutivo del Delito (tentativa y los actos preparatorios), y Teoría del Concurso, Teoría de la Pena.

No nos queda más que felicitar al Dr. Langón y agradecerle por otra notable contribución al foro que además de contener antecedentes y concordancias del Código junto con el propio texto legal, significa condensar en un solo material las reflexiones que el autor ha venido virtiendo acerca del Derecho Penal uruguayo en el innumerable elenco de trabajos doctrinarios que ha publicado a lo largo de su carrera.

Definitivamente estamos ante una obra deslumbrante, que sin pretender realizar un tratamiento *in extenso* de cada elemento o tema en cuestión, consigue analizar profunda y diáfana cada artículo del Código Penal y la legislación especial, con novedosos aportes, practicidad y exposición exhaustiva que supera cualquier obra similar.

Abogados defensores, Fiscales, Jueces, especialistas, estudiantes, y estudiosos en general de lo jurídico-penal, encontrarán páginas que proporcionan en breves pero riquísimas reflexiones, todas las armas necesarias para encarar un análisis de cada artículo en orden a hallar la solución e interpretación de casos concretos.

Martín Pecoy Taque

